# Gli inizi del diritto pubblico, 3

## Verso la costruzione del diritto pubblico tra medioevo e modernità

# Die Anfänge des öffentlichen Rechts, 3

## Auf dem Wege zur Etablierung des öffentlichen Rechts zwischen Mittelalter und Moderne

a cura di/hrsg. von

Gerhard Dilcher - Diego Quaglioni



Società editrice il Mulino
Bologna

Duncker & Humblot
Berlin

Fondazione Bruno Kessler

Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento
Jahrbuch des italienisch-deutschen historischen Instituts in Trient

Contributi/Beiträge 25

# Gli inizi del diritto pubblico, 3

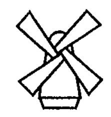
## Verso la costruzione del diritto pubblico tra medioevo e modernità

# Die Anfänge des öffentlichen Rechts, 3

## Auf dem Wege zur Etablierung des öffentlichen Rechts zwischen Mittelalter und Moderne

a cura di/hrsg. von

Gerhard Dilcher - Diego Quaglioni





Società editrice il Mulino
Bologna

Duncker & Humblot
Berlin

FBK - Istituto storico italo-germanico in collaborazione con il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Trento

III Colloquio italo-tedesco sugli inizi del diritto pubblico «Verso la costruzione del diritto pubblico tra Medioevo e Modernità / Auf dem Wege zur Etablierung des öffentlichen Rechts zwischen Mittelalter und Moderne»

Trento, 15-19 settembre 2009

Gli INIZI

del diritto pubblico, 3 : verso la costruzione del diritto pubblico tra medioevo e modernità = Die Anfänge des öffentlichen Rechts, 3 : Auf dem Wege zur Etablierung des öffentlichen Rechts zwischen Mittelalter und Moderne / a cura di = hrsg. von Gerhard Dilcher, Diego Quaglioni - Bologna : Il mulino ; Berlin : Duncker & Humblot, 2011. - 858 p. : ill. ; 24 cm. - (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Contributi ; 25 = Jahrbuch des italienisch-deutschen historischen Instituts in Trient. Beiträge ; 25)

Atti del III Colloquio italo-tedesco sugli inizi del diritto pubblico tenuto a Trento dal 15 al 19 settembre 2009. - Nell'occh. : Fondazione Bruno Kessler.

ISBN 978-88-15-23432-2 - ISBN 978-3-428-13705-3

1. Diritto pubblico - Sec. XV-XIX - Congressi - Trento - 2009 I. Dilcher, Gerhard II. Quaglioni, Diego III. Colloquio italo-tedesco sugli inizi del diritto pubblico, 3., Trento, 2009

342.009 (DDC 22.ed.)

Composizione e impaginazione: FBK - Editoria
Scheda bibliografica: FBK- Biblioteca

ISBN 978-88-15-23432-2
ISBN 978-3-428-13705-3

# Sommario / Inhalt

# Einführung

von *Gerhard Dilcher*

Es geht nun schon um die dritte Tagung einer Tagungsreihe zum Thema «Die Anfänge des öffentlichen Rechts». Die erste fand statt im Juni 2006, die zweite im September 2007; die Ergebnisse beider Tagungen liegen in zweisprachigen Bänden der Reihe des Trienter Instituts vor, in der auch dieser dritte Band erscheint. Das sieht so aus, als habe es sich um eine von Anfang an gezielte Planung dreier Tagungen gehandelt. In Wirklichkeit war es keineswegs so. Vielmehr ging die erste Tagung auf die Lehrveranstaltungen der Jahre 1999-2004 an der Juristischen Fakultät der Universität Trient, die ich auf Einladung von Diego Quaglioni hier halten durfte, zurück. Sie sollte das Zusammenspiel der Rechtserfahrungen der beiden Länder Italien und Deutschland als ein Teil der rechtlichen Grundlegung Europas beleuchten. In unserem daran anschließenden wissenschaftlichen Gespräch konstatierten Diego Quaglioni und ich immer deutlicher eine Forschungslücke in Bezug auf die Gesetzgebung des großen Reichstag Friedrich Barbarossas zu Roncaglia vom Jahre 1158, der das deutlichste mittelalterliche Beispiel für diese Begegnung zweier Rechtskulturen darstellt. Nachdem erst aufgrund des sensationellen Quellenfundes von Vittore Colorni in den sechziger Jahren des vorigen Jahrhunderts der ganze Umfang dieser Gesetzgebung klargestellt war, konnte dieser durch die Monumenta-Ausgabe der Barbarossadiplome voll dokumentiert werden. Doch blieb eine intensivere rechtshistorische Auswertung Desiderat. Zusammen mit der chronikalischen Überlieferung zeigt die roncalische Gesetzgebung einen neuen Ansatz des Verständnisses nicht nur der Regalien, sondern der Stellung des Kaisers als Princeps überhaupt. In der Überlieferung selbst finden sich die Hinweise, wie damit die Stellung des Herrschers in Anlehnung an römische Rechtsvorstellungen als eine öffentlichrechtliche verstanden wurde. Dies dokumentierte die erste Tagung. Von daher begründete sich unsere Themenstellung auf das öffentliche Recht.

Die Ergebnisse der ersten Tagung forderten eine Weiterführung der Thematik, war doch offenkundig, wie einerseits der Enkel, Kaiser Friedrich II., auf den vom Großvater gelegten Grundlagen sein hochfahrendes

neues Herrscherverständnis aufbaute, andererseits die Problematik der Herrschergewalt, ihrer rechtlichen Grundlagen und Grenzen eine breite Behandlung in der Rechtswissenschaft des Spätmittelalters fand. Daraus stellte sich die Thematik der zweiten Tagung. Sie griff dann selber schon in einzelnen Themen in die Neuzeit hinüber und bereitete damit diese dritte Tagung vor. So ergab sich aus der organischen Entwicklung der Thematik selbst die Tagungsfolge, in deren drittem Abschnitt wir nun stehen.

Diese weite Entfaltung der zuerst aufgegriffenen Thematik der Entstehung des öffentlichen Rechts aus einer Begegnung der tradierten Verfassungsordnung – auf dem Reichstag in Rechtshandlungen und Ritualen dargestellt – mit den weitgehend neuen italienischen Verhältnissen (bestimmt vor allem durch die kommunale Welt) und dem sich entfaltenden wissenschaftlichen Denken auf der Grundlage der antiken Rechtstexte – dies in seinen verschiedenen Aspekten wissenschaftlich darzustellen war nur möglich durch die Bereitschaft und den Enthusiasmus der italienischen wie der deutschen Referenten aller dreier Tagungen. Ihr verdanken wir die Ausführung der angedachten Themenbereiche in so vielen, oft überraschenden Linien, wie auch die schnelle Vorlage der Manuskripte für die Tagungsbände, die die weitere Planung erst ermöglichten. Durch die beständige und stets erneute Unterstützung sowohl der Juristischen Fakultät der Universität Trient wie vor allem des Trienter Italienisch-Deutschen Historischen Instituts, jetzt unter dem Dach der Fondazione Kessler, und durch die professionelle und perfekte Unterstützung des Tagungsablaufs, der simultanen mündlichen und der schriftlichen Übersetzungen und der redaktionellen Bearbeitung der Bände durch die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Instituts und das Team der Simultanübersetzer war sowohl ein optimaler kommunikativer Tagungsablauf ermöglicht wie die Publikation der Bände in, wie man wirklich sagen kann, Rekordzeit zustande gebracht. Dafür sei hier schon herzlich gedankt, weil es ohne diesen doppelten Hintergrund kaum zu dieser dritten Tagung gekommen wäre. Ein weiterer Dank gilt der Deutschen Forschungsgemeinschaft, die sich nicht nur an der Finanzierung dieser dritten Tagung beteiligt hat, sondern auch durch die Gewährung einer Mercator-Gastprofessur an der Goethe Universität Frankfurt für Professor Quaglioni im Sommersemester 2009 eine besonders intensive inhaltliche und organisatorische Planung dieser Tagung ermöglicht hat. Die Mercator-Vorlesung in Frankfurt behandelte das Thema unserer Tagungen vor einem hochrangigen Kreis von jüngeren und älteren Wissenschaftlern; die dort gewonnenen Ergebnisse und die Diskussionen sind Teil dieses Projektes geworden. Besonders wertvoll

war hier die aktive und kritische Teilnahme von Prof. Michael Stolleis. Schließlich hat die Gerda Henkel Stiftung mir über mehrere Jahre Mittel für eine Hilfskraft für die wissenschaftliche Vorbereitung und die Durchführung dieses Projektes gewährt. Auch dafür sei hier herzlich gedankt.

Gerade die Besprechungen und die Frankfurter Lehrveranstaltung von Diego Quaglioni, gestaltet in Zusammenwirken mit Susanne Lepsius und mir, haben uns deutlich gemacht, wie sehr die Linien, welche das gesamte Thema der Anfänge und der Entstehung des öffentlichen Rechts in den drei Tagungen strukturiert haben, schon in dem Ereignis von Roncaglia und damit in der ersten Tagung angelegt waren. Weil es auf dieser dritten Tagung gilt, diese Linien herauszuarbeiten, in den Diskussionen zu vertiefen und sie in der Schlussdiskussion des Runden Tisches zusammenzufassen, möchte ich sie hier zur Einführung noch einmal kurz benennen.

Der erste und vielleicht wichtigste Aspekt ist das Zusammentreffen des Kaisers, seines Hofes und der Repräsentanten des deutschen wie des italischen Reiches mit den Doktoren der Schule von Bologna. Wir konnten dieses Ereignis gegen inzwischen aufgekommene wissenschaftliche Zweifel durch intensive Analyse aller Quellen als Faktum wie als traditionsbildende *memoria* auf der ersten Tagung klarer darstellen. Dieses Zusammentreffen des Kaisers und der Großen mit den rechtserfahrenen Honoratioren der Städte und den gelehrten Juristen zeichnet schon die Spannweite unserer Betrachtungen durch die gesamte Tagungsfolge. Sie umfasst einerseits die durch Rechtsgewohnheiten vorgeprägte Lebenswirklichkeit des Ablaufes, der Rituale und der Rechtsetzungsakte des Reichstags, also ein Stück gelebte Verfassung einer weitgehend oralen Welt, die gerade durch die Gesetzgebungen des Reichstages eine entscheidende Verschriftlichung erfährt. Sie umfasst andererseits die vom Kaiser gewollte Begegnung dieser Welt mit jenem Denken der gelehrten Juristen von Bologna, die die antiken Texte des römischen Rechts aufgenommen und ihnen dadurch neues Leben gegeben hatten, und die nun versuchen, mit Hilfe und im Interesse des Kaisers die Ergebnisse ihres textgebundenen Denkens mit der Rechts- und Verfassungswirklichkeit der Zeit in Verbindung zu bringen. Indem wir diese doppelte Linie weiterverfolgten, so mussten wir die Parallelitäten und Wechselwirkungen einerseits der vor allem durch mündliche Rechtsgewohnheiten geprägten politischen Verfassungstradition des Reiches und andererseits der auf autoritative Texte gestützten Traditionen gelehrten Denkens im Auge behalten – ohne dies jedoch in die vereinfachende Dichotomie von Rechtswirklichkeit und Theorie zu pressen. Außerdem ist gerade für diese dritte Tagung zu beachten, welch tiefgreifendem Wandel beide Seiten und damit das Verhältnis von gelebter

Verfassung und theoriegeleitetem Denken im Laufe des Spätmittelalters und der frühen Neuzeit unterlagen, mit dem immer stärkeren Vordringen der Jurisprudenz in die Praxis und der Einbeziehung der Rechtsgewohnheiten und der aus ihr entstandenen Verfassungsdokumente in die wissenschaftliche Reflexion. Hier gewinnt der bisher gegenüber Italien zurückstehende nordalpine Raum des römisch-deutschen Reiches besondere Bedeutung durch konsensuale Festlegung von Verfassungsdokumenten, die dann als Reichsgrundgesetze zusammengefasst und gelehrt bearbeitet werden und einen Grundstock eines universitären *ius publicum* bilden.

Aufgrund dieser Entwicklungen setzt bekanntlich die maßgebende *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* von Michael Stolleis die Etablierung eines *ius publicum* an den deutschen Universitäten in der Zeit nach 1600 an den Anfang. Der Ansatz unserer historischen Rückfrage nach den Anfängen des öffentlichen Rechts, über den wir auf der genannten Frankfurter Lehrveranstaltung ausführlich und teilweise kontrovers diskutiert haben, geht dagegen weiter zurück auf die Problemdiskussionen und Begriffsbildungen innerhalb des mittelalterlichen *ius commune*, das an den vorgegebenen antiken und kirchlichen Texten anknüpft, aber auch vom Verfassungsleben seiner Zeit herausgefordert ist. Gerade aus dieser Wechselbeziehung, lässt sich die langsame Herausbildung eines Staats- und Souveränitätsbegriffs wie auch die Legitimation und die Bindung herrschaftlicher öffentlicher Gewalt verstehen, die für uns den Bereich des öffentlichen Rechts bildet. Ich werde versuchen, am Ende der Tagung im Spiegel des Denkens Otto von Gierkes wie auch in der Schlussrunde der *tavola rotonda*, meine Antwort auf diese Frage zu geben.

Die einschlägige mittelalterliche Diskussion der Gelehrten kreist um die oberste Gewalt und ihr Verhältnis zum Recht. Einen wichtigen Ansatz auf dem Weg zum Souveränitätsbegriff haben wir mit der *lex Omnis iurisdictio* des roncalischen Reichstages vor uns. Sie wurde von den Bologneser Doktoren aus der Kenntnis des römischen Rechts formuliert, stellt aber nicht die römische Terminologie, sondern das mittelalterliche Verständnis des Rechtsprechens als zentrales Hoheitsrecht in den Mittelpunkt und definiert auch die Zwangsgewalt nicht durch das römische *imperium*, sondern mittelalterlich mit dem Begriff des *districtus*. Pietro Costa hat in seinem grundlegenden Buch von 1969, konzipiert noch vor der Entdeckung der *lex Omnis iurisdictio* durch Colorni, die semantischen Filiationen von *iurisdictio* als Zentralbegriff der politischen Gewalt in der mittelalterlichen Publizistik analysiert. Peter Oestmann ist es auf dieser Tagung und in diesem Band gelungen, in Form einer Skizze ein Gegenbild der empirischen Entwicklung der Rechtsprechung als oberster Gewalt zu

entwerfen. Über viele Stationen des spätmittelalterlichen ius commune, mit den Schlüsselstellen bei Bartolus und vor allem Baldus, führt die wissenschaftliche Begriffsentwicklung dann bis hin zum neuzeitlichen Souveränitätsbegriff bei Jean Bodin (D. Quaglioni). Es braucht hier nur daran erinnert zu werden, dass hierbei wieder der römische, Begriff des *imperium* als oberste Befehlsgewalt mit der Differenzierung in *merum et mixtum imperium* in die Diskussion eingeführt wird und sich mit dem spätantiken Begriff der *majestas* verbindet.

Dieser Diskussionsstrang wird begleitet von jenem anderem, der die Rechtsbindung des Fürsten thematisiert und an die Formulierungen des Prinzips *princeps legibus sulutus* beziehungsweise *legibus alligatus* anknüpft, also das Thema *The Prince and the Law* (K. Pennington). Damit sind wir wiederum bei der römischen *lex regia*, der Übertragung der Rechtsmacht vom Volke auf den Herrscher. Das aber beinhaltet das Gesetzgebungsrecht, das *leges condere*, das sich im Verständnis des Mittelalters erst langsam aus der Rechtsprechungsmacht der *iurisdictio* als eigener Bereich löst.

Neben der *lex Omnis iurisdictio*, ihr durch das Ernennungsrecht der Magistrate eng verbunden, steht das roncalische Weistum über die Regalien. Nach der Chronik des Rahewin hat der Kaiser selbst auf sie als *regnorum leges* im Gegensatz zu den *iura civilia* hingewiesen und damit eine erste mittelalterliche Abgrenzung des öffentlichen Rechts geboten. In dem genannten Weistum wird, nur teilweise an Formulierungen des römischen Rechts angelehnt, eine mittelalterliche, aus der Rechtsgewohnheit geschöpfte Aufzählung der Reichsrechte vorgenommen, die erst viel später in die eigentlichen Hoheitsrechte und bloße Fiskalrechte geteilt wird. Hier haben wir wieder mit den Regalien einen Quellenstrang aus dem direkten Verfassungsleben des Mittelalters, der bekanntlich bis weit in die Neuzeit und in die Moderne eine Rolle für die Definitionen dessen spielt, was dem Staate zusteht.

Der Begriff der Regalien erinnert uns an eine Grundtatsache der mittelalterlichen Geschichte: Dass nämlich die Kirche dem Staat in Bezug auf die Ausbildung eines «öffentlich-rechtlichen» Körperschaftsbegriffs mit einer Gesetzgebungsgewalt und einer Verwaltungs- und Jurisdiktionshierarchie zeitlich vorausgeht. Harold Berman hat, im Anschluss an den Begriff der päpstlichen Revolution, nachdrücklich, und in diesem Betracht wohl allgemein anerkannt, grundlegend darauf hingewiesen. Ausgehend von der Trennung *spiritualia* versus *temporalia* in den Auseinandersetzungen des Investiturstreites wurden letztere als königliche oder Herrschaftsrechte, als *regalia* abgegrenzt und definiert. Einen wichtigen und konstitutiven

Strang unseres Problemverständnisses der Anfänge des öffentlichen Rechts bildet also der stete Blick auf die entsprechenden Entwicklungen der Kirche. Er findet sich in vielfältiger Form und zahlreichen Referaten in allen drei Tagungen und den entsprechenden Tagungsbänden.

Die in der Kirche zuerst vorgebildete Konzeption einer umfassenden obersten Gewalt, einer *plenitudo potestatis*, widerstrebte der strukturellen Pluralität mittelalterlicher Herrschaftsgewalt, die neben dem Königtum autogene Adelsrechte und dann auch eidgenössische Autonomien der Städte, der Gilden und auch der Universitäten kannte; diese waren ja gerade im 12. Jahrhundert zu einem Problem für eine Revindikation der Reichsrechte geworden. Friedrich Barbarossa versuchte, im roncalischen Gesetz und im folgenden Frieden von Konstanz die kommunalen Autonomien durch einen Delegationszusammenhang von Gerichtsbarkeit und Banngewalt einzubinden; doch war die mittelalterliche plurale Verfassungswirklichkeit stärker. Aus ihr gingen, teils in Form von Herrschaftsverträgen, die *leges fundamentales* des Spätmittelalters und der Frühen Neuzeit hervor. In ihnen vor allem verkörperte sich normativ die Rechtsbindung des Herrschers in der Verfassungswirklichkeit, die eben gerade den Ansatz für die Einbindung der traditionellen Herrschermacht in einem öffentlichen Recht darstellt, das dann in der Neuzeit auch kategorial als *ius publicum* zusammengefasst wird. Damit gibt es einen Gegenpol zu einem im Souveränitätsbegriff zusammengefassten Verständnis eines fürstlichen Absolutismus, dem schon in der mittelalterlichen Theoriebildung der Gedanke der Volkssouveränität entgegengestellt wurde.

Neben die theoretische Zusammenfassung der Herrschaftsrechte an der Spitze stellt das Lehnrecht die gestufte Vielfalt der Verfassungswirklichkeit, mit seiner doppelten Begründung auf personalen wechselseitigen Treubeziehungen und gestuften Berechtigungen an Grund und Boden; diese wiederum von der Rechtswissenschaft erfasst in der Aufspaltung des Eigentumsbegriffs in *dominium directum* und *utile*. Auch das Lehnrecht findet einen wichtigen Ansatz in der Gesetzgebung von Roncaglia. Es begleitet die europäische Verfassungswirklichkeit zumindest bis zum revolutionären Umbruch von 1789 und dem Ende des Alten Reiches. Auch diese Thematik, das Lehnrecht also, bildet einen durchgehenden Strang in der Abfolge unserer Tagungen. Unter den Themen dieser dritten Tagung hätte es vielleicht eine noch stärkere Berücksichtigung verdient, doch ist gerade das Lehnrecht der Neuzeit wenig bearbeitet.

Es kam mir darauf an in dieser Eröffnungsstunde, noch einmal die Vielfalt und die wechselseitige Verschlungenheit der thematischen Linien in

Erinnerung zu rufen im Hinblick nicht nur auf die vergangenen Tagungen, sondern auch in Bezug auf die bevorstehenden Diskussionen, und nun in der schriftlichen Fassung auch zur Einstimmung des Lesers auf die Komplexität des Gegenstandes in seiner historischen Entwicklung. Wenn wir im Verlaufe der Referate, der Diskussionen und der Abschlussrunde zu größerer Klarheit in Bezug auf die Anfänge des öffentlichen Rechts innerhalb der Entwicklung der westlichen Rechtskultur vorstoßen wollen, so müssen wir diese Stränge analytisch trennen, aber auch wieder miteinander in Verbindung bringen. Wir werden dann, so möchten wir hoffen, die lange und kontinuierliche Arbeit von Generationen in der Gestaltung der Verfassungswirklichkeit wie der wissenschaftlichen Theoriebildung erkennen können, die in der westlichen Tradition zur Erfassung und Formung der Institutionen der politischen Macht und der öffentlichen Gewalt durch die Kategorien des Rechts geführt hat.

# Introduzione

di *Diego Quaglioni*

Nel dare il più cordiale benvenuto agli studiosi riuniti a Trento per il terzo Colloquio italo-tedesco sugli inizi del diritto pubblico, vorrei rivolgere un ringraziamento a tutte le persone e le istituzioni che in Italia così come in Germania hanno sostenuto e reso possibile questa impresa scientifica. Grazie a questi sforzi congiunti, e grazie all'impegno degli studiosi italiani e tedeschi che hanno offerto il loro contributo nei due precedenti incontri, siamo oggi giunti al terzo appuntamento. (Gli Atti dei primi due colloqui, del 22-24 giugno 2006 e del 20-22 settembre 2007, sono già disponibili nei due volumi pubblicati nella collana dei «Contributi/Beiträge» dell'Istituto storico italo-germanico. Di ciò occorre rendere grazie alla solerte perizia di Chiara Zanoni Zorzi).

Il terzo incontro, che per durata, numero dei partecipanti e articolazione tematica ricorda da vicino le «classiche» Settimane dell'Istituto storico italo-germanico, si tiene ancora una volta a Trento e in questa sede. L'Istituto storico italo-germanico riafferma così la sua vocazione originaria di centro di ricerche deputato all'incontro tra studiosi tedeschi e italiani in dialogo sulla loro storia costituzionale, che è tanta parte di un comune destino. La piena disponibilità al dialogo e allo scambio delle esperienze scientifiche, che ha caratterizzato gli incontri precedenti, accompagnerà certamente anche il terzo colloquio. Non occorre che io ricordi che lo spirito dei nostri incontri risiede proprio nell'aperto confronto fra le diverse tradizioni e tendenze storiografiche. Ci attendiamo dunque molto dalle relazioni degli illustri colleghi qui convenuti, e molto ci attendiamo dal dibattito.

Natura ed ispirazione dialogica ha avuto fin dal suo inizio il nostro progetto: è nato e si è sviluppato nel confronto di esperienze scientifiche e di prospettive interpretative diverse, tanto aperte alla discussione quanto bisognose di un grande sforzo comparativo, sia in senso sincronico (il dialogo fra tradizioni e tendenze storiografiche), sia in senso diacronico (la «lunga durata» della storia del diritto pubblico in Europa).

Dico subito che da questo punto di vista ci sentiamo in sintonia con quanto hanno sostenuto Jacques Krynen e Michael Stolleis nella premessa

al recente volume *Science politique et droit public dans les facultés de droit européennes (XIIIe-XVIIIe siècle)*[1], vale a dire che oggi è sempre più indispensabile che medievisti e modernisti si raccolgano attorno a problematiche comuni, se si vuol correggere la tendenza che hanno i primi a ritenere che tutto o quasi sia frutto di una creazione del medioevo, e la tendenza che hanno gli altri a considerare il medioevo come una specie di protostoria.

È proprio questa problematica comune che si vorrebbe qui pienamente recuperare, ponendo a confronto le acquisizioni della storiografia italiana e tedesca degli ultimi anni. In un importante saggio, *Recent Studies of Public Law History in Italy (1992-2005)*, apparso due anni fa sulla «Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte»[2], quindici anni dopo una analoga rassegna di Aldo Mazzacane (*Neuere Rechtsgeschichte in Italien*)[3], Bernardo Sordi ha mostrato quanto sia cambiato in tale lasso di tempo il panorama storiografico italiano, a cominciare da una maggiore inclinazione degli studi verso «a new modern focus». Si è trattato, a suo giudizio – ed è un giudizio che condivido pienamente –, di un periodo particolarmente vitale e ricco di ricerche, specialmente nel campo della storia del diritto pubblico. «The few pioneers of the late 80s» – egli scrive – «have made way for groups of various researchers, working hard with different aims and perspectives and in different chronologies».

Se dunque il medioevo non è il luogo della creazione originaria di ogni istituto giuridico e di ogni concetto del diritto pubblico, non è neppure il luogo di una protostoria, di una storia degli istituti e dei concetti *ante litteram*; noi pensiamo che il diritto intermedio sia il grande laboratorio in cui si forma lo strumentario giurisprudenziale di cui la moderna scienza giuridica si è servita, spesso forzandone e semplificandone la cifra originaria, ma senza mai abbandonarne del tutto l'ammaestramento e l'uso, almeno fino alla grande frattura sette-ottocentesca, e forse neppure allora del tutto.

Il nostro progetto ripropone il problema storico-attuale del costituirsi di un nucleo 'originario' di nozioni, concetti, princìpi, categorie della sfera

[1] J. KRYNEN - M. STOLLEIS (edd), *Science politique et droit public dans les facultés de droit européennes (XIIIe-XVIIIe siècle)*, (Studien zur europäische Rechtsgeschichte, 229) Frankfurt a.M. 2008.

[2] B. SORDI, *Recent Studies of Public Law History in Italy (1992-2005)*, in «Zeitschrift für Neuere Rechtsgechichte», 29, 2007, pp. 260-276.

[3] A. MAZZACANE, *Neuere Rechtsgeschichte in italien*, in «Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte», 14, 1992, pp. 243-259.

giuridico-politica nell'incontro fra tradizione germanica e tradizione italiana, nel passaggio dall'universalismo medievale, con la sua tipica dialettica temporale-spirituale, alle manifestazioni più compiute di quello sforzo di 'giuridizzazione della politica' e di edificazione di un sistema scientifico del diritto pubblico, che in Germania e in Italia ha accompagnato e sorretto la costruzione dello Stato (moderno).

Potremmo rievocare una pagina dell'introduzione di Vittorio Emanuele Orlando, il padre della scienza italiana del diritto pubblico, ai suoi *Principii di diritto costituzionale*:

«Si paragonino fra loro le varie letterature nazionali relative alla scienza nostra; i risultati, che se ne otterranno, sono assai sorprendenti. Certo, lo spirito scientifico dei vari popoli ha delle naturali differenze, come tutte le manifestazioni di ordine spirituale ... Che quindi, per esempio, la letteratura del Diritto pubblico germanico differisca in alcuna parte da quella inglese, francese o italiana, e così rispettivamente, non sarebbe cosa da meravigliare. Ma c'è differenza e differenza ...»[4].

Orlando prosegue lamentando che il diritto pubblico manchi ancora di quel metodo e di quel linguaggio comuni ad ogni scienza che voglia dirsi tale, ciò che egli vedeva realizzato nell'ambito del diritto privato: linee e princìpi di una scienza giuridica che non mutano perché fondati «sopra un'obiettiva certezza». Perciò il grande giurista italiano era portato a considerare come particolarmente gravi le differenze sostanziali rilevabili nel campo del diritto pubblico fra le diverse scuole nazionali. «Così è che passando da uno di questi lavori ad un altro di una scuola nazionale diversa», concludeva, «parrà quasi di essere passati dallo studio di una scienza a quello di un'altra», con l'effetto di una «segregazione» delle diverse scuole nazionali fra di loro e con un disconoscimento dei medesimi «princìpi essenziali» del diritto pubblico: «perché ... la nostra scienza riconosce l'esistenza di un'idea astratta di Stato moderno ..., la quale appunto suppone che i tratti caratteristici dei principali Stati civili odierni siano ad essi comuni»[5].

Si tratta evidentemente di una pagina esemplare, di un'istantanea del momento conclusivo del grande sforzo di semplificazione e di astrazione della moderna 'giuridizzazione della politica', i cui drammatici esiti saranno chiari allo stesso Orlando più di cinquanta anni dopo, nel 1944, quando alla Consulta nazionale proclamerà amaramente il fallimento delle grandi costruzioni dottrinali del diritto pubblico otto-novecentesco, travolte dai

[4] V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze 1917[5], p. 17.

[5] *Ibidem*, p. 18.

movimenti e dai regimi totalitari e naufragate nella duplice catastrofe bellica[6].

In tal senso, e ben lungi da ogni tentazione di anacronistica proiezione delle categorie del moderno diritto pubblico sul mondo medievale, si tratta di rivedere il rapporto fra medioevo giuridico e modernità del diritto pubblico. Se è vero che l'ordine medievale, particolarmente nella sfera pubblica, è spesso apparso come «un mondo di assenze più che un mondo di presenze» (Sordi), è vero anche che davanti alla complessità del mondo medievale è oggi la modernità ad apparirci, se non come un mondo di assenze, come un «mondo di semplificazioni», e spesso come un mondo di tematiche medievali portate alle estreme conseguenze.

Nella prospettiva di una seria revisione di tutti i motivi tralatizi (e di tutte le mitologie giuridiche) che hanno in qualche modo assolutizzato e tenuto radicalmente separata l'esperienza del diritto comune da quella della modernità giuridica in Europa, il compito dello storico del potere sembra oggi essere quello di riscoprire gli elementi 'non-moderni' della modernità giuridica. Ricordando i lavori di un convegno americano sulle «origini dello Stato», nato nel 1993 in stretta collaborazione con l'Istituto storico italo-germanico, che ne ha pubblicato gli Atti[7], Sordi ha scritto di una modernità italiana segnata dalla lunga permanenza di elementi non-moderni: «the strong burden of medieval legacies (from the persistence of great political autonomies to the use of ancient instruments of power)».

In questo senso la tradizione del diritto comune pubblico, che in tanta parte è tradizione italiana, può fornire una preziosa chiave di lettura dei mutamenti radicali della modernità giuridica: proprio nel senso che «moderno» è tutto ciò che ha contribuito all'origine della dimensione moderna del diritto e del pensiero giuridico.

La prospettiva non è nuova, e non vuole esserlo; essa si richiama anzi al problema della formazione del diritto pubblico nell'Europa moderna come problema della tradizione (e dunque non di ciò che è morto, ma di ciò che è invece vivo ed attuale nel nostro tempo, nell'odierna crisi dei sistemi di diritto pubblico e delle istituzioni che essi hanno contribuito a formare).

[6] Ne ho scritto in *Ordine giuridico e ordine politico. Vittorio Emanuele Orlando alla Costituente*, in F. LIOTTA (ed), *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, 2, Bologna 2007, pp. 421-459.

[7] G. CHITTOLINI - A. MOLHO - P. SCHIERA (edd), *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Quaderni, 39), Bologna 1994.

E sarà bene liberare subito il campo da ogni possibile equivoco, in relazione al problema della continuità o della discontinuità nella storia del pensiero giuridico (moderno). La tradizione giuridica occidentale non è un indistinto *continuum*. Credo che avesse ragione Harold J. Berman nel suo ultimo libro, mostrando nella tradizione giuridica occidentale «the sense of an ongoing historical continuity between past and future ..., the organic development of legal institutions over generations and centuries, with each generation consciously building on the work of its predecessors»[8]. Egli scriveva:

«Characteristically Western, is the concept of a 'body' of law that consciously develops in time, that 'grows' over generations and centuries. It is presupposed, in the Western legal tradition, that legal change does not occur at random but proceeds by conscious reinterpretation of the past to meet present and future needs. The law evolves, is ongoing, it has a history, it tells a story ... The interaction of long-term evolution and periodic Great Revolutions in an essential part of the story».

Non c'è dunque contraddizione tra la continuità della tradizione e le grandi fratture dell'esperienza giuridica, tra continuità e discontinuità: perchè la tradizione giuridica occidentale è intessuta di momenti di discontinuità. Credo che questo sia un interessante punto di vista dal quale ripensare il problema degli inizi del diritto pubblico in Europa.

[8] H.J. BERMAN, *Law and Revolution, II. The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Cambridge MA - London 2003, p. 3 (ora anche in trad. it., *Diritto e rivoluzione – L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, ed it. a cura di D. QUAGLIONI, Bologna 2010, pp. 11-12).

# I.

# I fondamenti: dal basso medioevo all’età moderna / Grundlagen: Vom Spätmittelalter zur Neuzeit



# 1.
# *La Chiesa / Die Kirche*

# Papst – Konzil – Kardinalskollegium

## Das Ringen um die oberste Gewalt in der Kirche im 15. und 16. Jahrhundert

von *Hans-Jürgen Becker*

### I. Die Krise des Papsttums im 14. Jahrhundert

«Die Bulle 'Unam sanctam' vom 18. November 1302 ist der päpstlichen Weltherrschaft zur Grabinschrift geworden». So hart formulierte Ulrich Stutz 1905 in seinem Grundriss des Kirchenrechts das Scheitern Papst Bonifaz VIII.[1]. Auch wenn man dieses apodiktische Urteil nicht teilt, so wird man zugeben müssen, dass die Kirche im 14. und 15. Jahrhundert durch eine Reihe von schweren Krisen erschüttert worden ist. Eine der Krisen wurde durch das Attentat auf Papst Bonifaz VIII. im Palast zu Anagni am 7. September 1303 und durch die Verlegung der päpstlichen Kurie durch Papst Clemens V. im Jahre 1305 von Rom nach Avignon ausgelöst. Eine politische Krise wurde durch den Kampf um die Königsherrschaft Ludwigs IV. (des Bayern) provoziert. Geistige Krisen werden in den religiösen Auseinandersetzungen, die man mit Schlagworten wie «Armutsstreit» und «Streit um die 'visio beatifica'» bezeichnet hat, sichtbar. Dass Krisenzeiten aber andererseits den Ansporn für Reformen hervorrufen, kommt in vielen Neuansätzen zum Ausdruck, die in die avignonesische Epoche des Papsttums fallen. Beispiele sind etwa der weitere Ausbau der päpstlichen Kurie, die Fortschreibung der kirchlichen Gesetzbücher und die Konstruktion eines sehr effektiven, schon bald als anstößig empfundenen Abgabensystems zur Deckung des riesigen Finanzbedarfs der päpstlichen Verwaltung. Als Ausfluss einer Reformbewegung kann man auch die Wiedergewinnung des Kirchenstaates durch Kardinal Gil Albornoz und die Rückkehr der Päpste nach Rom im Jahre 1377 bezeichnen. Viele Hoffnungen auf ein Ende der Krisenzeit waren damit geweckt worden, doch dann stürzte die umstrittene Papstwahl des Jahres 1378 die Kirche in eine Krise, die an die Substanz der *ecclesia universalis* ging. Mit dem Ausbruch des «Großen Abendländischen Schismas», das vierzig Jahre andauern sollte, war der Höhepunkt der Krise des Papsttums erreicht.

[1] Hier zitiert nach H.-E. Feine, *Kirchliche Rechtsgeschichte*, Köln - Graz 1964[4], S. 297 f.

## II. Mittel zur Bewältigung der Krise

Um das Schisma zu beseitigen und um die von vielen geforderte Reform der Kirche an Haupt und Gliedern voranzutreiben, boten sich mehrere Ansätze an. In erster Linie hoffte man, mit Hilfe eines allgemeinen Konzils könne man die Probleme lösen. Große Erwartungen waren auch mit dem Kolleg der Kardinäle verbunden. Und schließlich drängte man darauf, dass die römische Kurie reformiert werde.

### 1. *Das Konzil*

Mit dem Ausbruch des Schismas standen sich zwei Päpste, die jeweils eine römische oder eine avignonesische Obödienz leiteten, gegenüber und spalteten die abendländische Christenheit. Die Zeitgenossen sahen insbesondere vier theoretische Wege, die aus der verfahrenen Situation herausführen konnten. Zur Diskussion standen die *via facti*, die *via iuris*, die *via cessionis* und die *via concilii*. Schon bald wurde aber klar, dass nur der letzte Weg gangbar war. Der Konzilsgedanke war nun keineswegs neu, vielmehr liegt er der Verfassung der Kirche seit den Tagen der Apostel zugrunde. Durch die Erstarkung des Papstamtes seit dem Investiturstreit trat dieses Strukturelement der Kirche ein wenig in den Hintergrund. Gratian (um 1140) hatte formuliert, dass neben den *statuta conciliorum* auch die *decreta pontificum* als Rechtsquelle der Kirche zu gelten haben. Das Dekretalenrecht der Päpste verdichtete sich im Laufe des 12. und 13. Jahrhunderts zu einem geschlossenen Rechtssystem, das an Umfang die überlieferten Konzilsdekrete bei weitem übertraf und in dem die überragende *plenitudo potestatis* des Papstes hervorgehoben wurde. Um einer Übersteigerung des päpstlichen Gewaltanspruchs entgegen zu wirken, hatten einige Kanonisten schon früh versucht, die inneren Grenzen der *plenitudo potestatis* aufzuzeigen. So formulierte etwa Johannes Teutonicus (um 1215) in der *Glossa ordinaria* zum Dekret Gratians: «Videtur ergo, quod papa non potest destruere statuta concilii, quia orbis maior urbe»[2] und «Videtur ergo, quod papa teneatur requirere concilium episcoporum, quod verum est, ubi de fide agitur, et tunc synodus maior est papa»[3]. Von einer Korporationstheorie ausgehend, die die Kirche als Einheit von Haupt und Gliedern verstand, wurde die aus dem römischen Recht entlehnte

[2] *Decr. Grat.*, *Glossa ordinaria*, Dist. 15 c. 2 ad v. *praesumit*. Vgl. hierzu B. Tierney, *Foundations of the Conciliar Theory. The Contribution of the Medieval Canonists from Gratian to the Great Schism*, Cambridge 1955, ND 1968, S. 47 ff.

[3] *Decr. Grat.*, *Glossa ordinaria*, Dist. 19 c. 9 ad v. *concilio*.

Rechtsparömie «Quod omnes tangit, ab omnibus tractari et approbari debet»[4] für die Lösung von Konflikten fruchtbar gemacht. Mehr als ein Jahrhundert vor den eigentlichen «Konziliaristen» an den Höfen Philipps des Schönen von Frankreich (1285-1314) oder Kaiser Ludwigs des Bayern (1314-1347) waren die Grundlagen für eine Anschauung gelegt, die das Verhältnis der Gewalten von Papst und Konzil reflektierte. Es war Guilelmus Duranti (gest. 1330), der Neffe des als *Speculator* bekannten gleichnamigen Kanonisten, der in seinem Werk *De modo generalis concilii celebrandi* eine Basis für konziliare Theorien geschaffen hatte[5].

Diese Gedanken wurden nun herangezogen, um einen Weg zur Beseitigung des Abendländischen Schismas zu finden. War das Konzil bereits in älterer Zeit als eine Instanz angesehen worden, die einen häretischen Papst absetzen kann, wurde der Tatbestand der Häresie erweitert: Auch ein Papst, der im Schisma verharrt und so wie ein Ketzer ein *scandalum* verursacht, kann durch ein Konzil abgesetzt werden. Auf diese Theorie gestützt wurde das Konzil von Pisa (1408-1409)[6] einberufen, doch brachte diese Kirchenversammlung noch keine Lösung, da die vorgenommene Absetzung der beiden Papstkontrahenten keine Wirkung zeigte und die Wahl eines neuen Papstes durch das Konzil nur zu einer Verschärfung des Schismas führte, weil es nun drei Prätendenten, einen römischen, einen avignonesischen und einen konziliaren Papst gab. Die Beseitigung des Schismas gelang erst – unter Hilfestellung der weltlichen Fürsten – auf dem Konzil von Konstanz (1414-1418)[7]. Nachdem der römische Gregor XII. seinen Rücktritt erklärt hatte und nachdem sowohl der in Bologna gewählte Johannes XXIII. als auch der Vertreter der avignonesischen

[4] *Liber Sextus* 5.12. *De regulis iuris*, XXIX; B. TIERNEY, *Foundations*, S. 192 ff.; Y. M.-J. CONGAR, *Quod omnes tangit, ab omnibus tractari et approbari debet*, in «Revue historique de droit français et étranger» 35, 1958, S. 210-259; T. SPECK, *Quod omnes tangit. Rezeption als ekklesiologisches Phänomen bei Matthäus Romanus und Wilhelm von Ockham*, Freiburg i.Br. 2009.

[5] J. MIETHKE, *Konziliarismus – eine neue Doktrin einer neuen Kirchenverfassung*, in I. HLAVÁČEK - A. PATSCHOVSKY (Hrsg.), *Reform von Kirche und Reich zur Zeit der Konzilien von Konstanz (1414-1418) und Basel (1431-1449)*, Konstanz 1996, S. 29-59, insbesondere S. 41 ff.

[6] D. GIRGENSOHN, *Von der konziliaren Theorie des späten Mittelalters zur Praxis: Pisa 1409*, in H. MÜLLER - J. HELMRATH (Hrsg.), *Die Konzilien von Pisa (1409), Konstanz (1414-1418) und Basel (1431-1449). Institution und Personen* (Vorträge und Forschungen, 67), Ostfildern 2007, S. 61-94.

[7] W. BRANDMÜLLER, *Das Konzil von Konstanz 1414-1418*, Bd. 1, Paderborn u.a. 1999², Bd. 2, Paderborn u.a. 1997.

Richtung Benedikt XIII. durch die Kirchenversammlung abgesetzt worden waren, war nun der Weg frei zur Wahl eines unbestrittenen Oberhauptes der Kirche. Mit dem am 11. November 1418 gewählten Papst Martin V.[8] begann ein neues Zeitalter der Kirchengeschichte.

## a. Der Konzilsgedanke in Theorie und Wirklichkeit

Die in Konstanz erlassenen Dekrete *Haec sancta*[9] und *Frequens*[10] formulierten die Gewalt des Konzils über den Papst und etablierten das Konzil als eine periodisch stattfindende Einrichtung. Wie das Verhältnis der beiden Gewalten «Papst» und «Konzil» theoretisch zu fassen sei, darüber gingen – je nach den ekklesiologischen Auffassungen – die Meinungen auseinander. Die Konzilsteilnehmer sorgten sich aber nicht nur um die *causa unionis*, die erfolgreich gelöst werden konnte, vielmehr strebten sie darüber hinaus eine grundlegende Reform der Kirche an Haupt und Gliedern an[11]. Dass eine umfassende Reform dann doch nicht zustande kam, war weniger die Schuld von Papst Martin V. als das Ergebnis der Uneinigkeit der Reformer. Immerhin wurden in der Sitzung vom

[8] F.-Ch. UGINET, Art. *Martin V.*, in *Dictionnaire historique de la papauté*, hrsg. von Ph. LEVILLAIN, Paris 1994, S. 1096-110; D. GIRGENSOHN, *Bericht über Konklave und Papstwahl auf dem Konzil von Konstanz*, in «Annuarium Historiae Conciliorum», 19, 1987, S. 351-391; A. ESCH, Art. *Martin V.*, in *Lexikon für Theologie und Kirche*, Bd. 6, 1997³, Sp. 1426 f.; C. BIANCA, Art. *Martino V*, in *Enciclopedia dei Papi*, Bd. 2, 2000, S. 619-634; B. STUDT, *Papst Martin V. (1417-1431) und die Kirchenreform in Deutschland*, Köln 2004.

[9] Konstitution vom 6. April 1415, *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, hrsg. von G. ALBERIGO und J. WOHLMUTH, Bd. 2, Bologna 1973 und Paderborn u.a. 2000, S. 409-441; vgl. hierzu W. BRANDMÜLLER, *Das Konzil von Konstanz*, Bd. 1, S. 237-259; M. DECALUWE, *Three Ways to Read the Constance Decree Haec Sancta (1415). Francis Zabarella, Jean Gerson, and the Traditional Papal View of General Councils*, in *The Church, the Councils, and Reform. The Legacy of the Fifteenth Century*, hrsg. von G. CHRISTIANSON - T.M. IZBICKI - Chr.M. BELLITTO, Washington D.C. 2008, S. 122-139.

[10] Konstitution vom 9. Oktober 1417, *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, S. 438-443; *Quellen zur Kirchenreform im Zeitalter der großen Konzilien des 15. Jahrhunderts*, Bd. 1: *Die Konzilien von Pisa (1409) und Konstanz (1414-1418)*, hrsg. von J. MIETHKE - L. WEINRICH, Darmstadt 1995, Nr. XIII, S. 484-497; vgl. hierzu W. BRANDMÜLLER, *Das Konzil von Konstanz*, Bd. 2, S. 335-358.

[11] W. BRANDMÜLLER, *Causa reformationis. Ergebnisse und Probleme der Reformen des Konstanzer Konzils*, in DERS., *Papst und Konzil im Großen Schisma (1378-1431). Studien und Quellen*, Paderborn 1990, S. 264-281; J. MIETHKE, *Kirchenreform auf den Konzilien des 15. Jahrhunderts. Motive – Methoden – Wirkungen*, in J. HELMRATH - H. MÜLLER (Hrsg.), *Studien zum 15. Jahrhundert. Festschrift für Erich Meuthen*, Bd. 1, München 1994, S. 13-42.

21. März 1418 sieben Reformdekrete verabschiedet[12]. Allerdings fällt auf, dass die darin enthaltenen Festlegungen zur Erneuerung des Kardinalats sowie zur Reform von päpstlicher Kurie, Kanzlei und Pönitentiarie nicht mehr in formellen Konzilsbeschlüssen, sondern nur in den sogenannten «Konkordaten» des Papstes mit den Konzilsnationen, die eine Gültigkeit von 5 Jahren haben sollten, angesprochen worden sind[13].

Was die oberste Gewalt in der Kirche angeht, so ist zunächst jene Textgruppe von besonderer Bedeutung, in der von der begrenzten Amtsgewalt des Papstes gehandelt wird. Die Reformer hofften, mit einem Amtseid die Gewalt des Papstes begrenzen zu können. In den *Capitula agendorum* (von ca. Ende 1413 oder Anfang 1414), einer vermutlich von Pierre d'Ailly (um 1350-1420)[14] stammenden Aufstellung mit Reformforderungen zur Behandlung auf dem demnächst beginnenden Konstanzer Konzil, wird gefordert, über das Thema «De statu et potestate Romani pontificis et illius eleccione» zu verhandeln. Hier wird u.a. ein Eid vorgeschlagen, den der erwählte Papst vor Amtsantritt leisten soll[15]. Der Inhalt des Eides soll, «ut et olim fiebat», von den Kardinälen festgelegt werden. Unter anderem soll sich der Papst verpflichten, *gravia* nur nach Beratung mit den Kardinälen zu entscheiden. Es werden in dem Eid auch Sachgebiete aufgezählt, in denen der Papst verpflichtet ist, nur mit Zustimmung eines Konzils zu entscheiden[16]. Während der Beratungen in Konstanz hat man das Thema aufgegriffen und den Text eines Amtseides für den künftigen Papst (*professio papae*) entworfen, der die Grenzen seiner Amtsgewalt detailliert auflistet[17]. Das Konzil hat dann im Rahmen des Dekrets *Frequens*

[12] *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, S. 447-450; *Quellen zur Kirchenreform im Zeitalter der großen Konzilien*, Bd. 1, Nr. XV, S. 506-515; vgl. hierzu W. BRANDMÜLLER, *Das Konzil von Konstanz*, Bd. 2, S. 388 ff.

[13] Zu den Konkordaten siehe *Quellen zur Kirchenreform im Zeitalter der großen Konzilien*, Bd. 1, S. 47-49 und Nr. XVI, S. 516-545; vgl. A. FRENKEN, *Die Erforschung des Konstanzer Konzils (1414-1418) in den letzten 100 Jahren*, Paderborn 1995, S. 344-348.

[14] F. OAKLEY, *The Political Thought of Pierre d'Ailly*, New Haven CT 1964; L.B. PASCOE, *Church and Reform. Bishops, Theologians, and Canon Law in the Thought of Pierre d'Ailly*, Leiden 2005

[15] *Quellen zur Kirchenreform im Zeitalter der großen Konzilien*, Bd. 1, S. 47-49 und Nr. III [6], S. 200-203.

[16] Genannt werden die Gewährung von Exemtionsprivilegien, Veräußerung von unbeweglicher Habe und beweglichen Wertgegenständen, Kreierung bzw. Absetzung von Kardinälen.

[17] *Quellen zur Kirchenreform im Zeitalter der großen Konzilien*, Bd. 1, Nr. XI (*Capitula advisata*), S. 426 f.

vom 9. Oktober 1417 zwar nicht den päpstlichen Amtseid behandelt, aber doch das vom *Electus* abzulegende Glaubensbekenntnis (*professio fidei*) definiert. Wenn hier auch von den Grenzen der *plenitudo potestatis* nicht im Einzelnen die Rede ist, so ist doch die einleitende Bemerkung des Konzils bemerkenswert:

«Quanto Romanus pontifex eminenciori inter mortales fungitur potestate, tanto clarioribus ipsum decet fidei vinculis et sacramentorum ecclesiasticorum observandis alligari».

«Je höhere Gewalt der Römische Bischof unter den Menschen wahrnimmt, mit desto deutlicheren Banden des Glaubens und einzuhaltenden Riten der kirchlichen Sakramente soll er sich selbst gebunden wissen»[18].

Diese Formulierung lässt, worauf Jürgen Miethke[19] zu Recht hingewiesen hat, an die Selbstbindung des römischen Kaisers denken, wie sie in der bekannten *lex Digna vox* (*Codex* 1.14.4) angesprochen wird. Schon in einem Reformentwurf für das Konzil hatte ein Anonymus unter Bezugnahme auf diese Stelle des *Codex* gefordert:

«Decet Romanum pontificem hiis uti legibus, quas in aliis ipse sanxerit, quoniam illius existit vicarius, qui cepit facere et docere. Digna enim vox est maiestate regnantis alligatum legibus se principem profiteri ...».

«Es steht dem Römischen Bischof gut an, den Gesetzen zu folgen, die er selbst für andere festgelegt hat, denn er ist der Stellvertreter dessen, der beides anfing, zu tun und zu lehren. Der Hoheit des Herrschers ist nämlich das Wort angemessen, mit dem er erklärt, er sei als Fürst an die Gesetze gebunden ...»[20].

Zum Thema der obersten Gewalt in der Kirche ist dann noch eine zweite Textgruppe zu beachten, in der von den Kardinälen die Rede ist. In den aus der Feder des Pierre d'Ailly stammenden Reformforderungen ist eindringlich davon die Rede, wie viele Kardinäle es in Zukunft geben sollte und welche Qualifikation die Kandidaten haben müssen[21]. Ihre Wahl soll nicht nur *per auricularia vota*, also durch geheime Zwiesprache mit einzelnen Kardinälen, sondern nach offener Aussprache der Kardinäle im Konsistorium erfolgen. Dieser Vorschlag zur Methode, wie das Kollegium der Kardinäle zu ergänzen sei, wird in den Konkordaten

[18] *Ibidem*, Nr. XIII, S. 492-495.

[19] *Ibidem*, Nr. XIII, S. 493, Anm. 16.

[20] *Ibidem*, Nr. XI, S. 432 f., Anm. 11.

[21] *Ibidem*, Nr. III [7], S. 202-207; vgl. hierzu A.A. STRNAD, *Konstanz und der Plan eines deutschen «Nationalkardinals». Neue Dokumente zur Kirchenpolitik König Sigmunds von Luxemburg*, in DERS., *Dynast und Kirche. Studien zum Verhältnis von Kirche und Staat im späten Mittelalter und in der Neuzeit*, hrsg. von J. GELMI - H. GRITSCH, Innsbruck 1997, S. 279-306, insbesondere S. 288 ff.

(*capitula concordata*) Papst Martins V. mit der deutschen und mit der französischen Nation übernommen und stellt somit eine kirchenrechtlich verbindliche Norm dar[22].

Weil viele Themen der «reformatio in capite et in membris» in Konstanz nicht abschließend geregelt werden konnten, war es nur konsequent, dass der Papst – wie verabredet – nach fünf Jahren ein weiteres Konzil in Pavia (1423) eröffnete, das nach kurzer Zeit seinen Sitz nach Siena (1423-1424)[23] verlegte. Und da auch dieses Konzil viele Reformanliegen nicht erledigen konnte, berief der Papst nach weiteren sieben Jahren 1431 ein Reformkonzil nach Basel ein[24]. Hier traten bald die grundlegenden Differenzen zwischen den Vertretern der päpstlichen Primatialgewalt und den Anhängern des Konziliarismus zutage. Was die Konzilsarbeiten angeht, so interessieren uns wieder die beiden Themen, die bereits im Zusammenhang mit dem Konstanzer Konzil behandelt worden sind, der päpstliche Amtseid und die Stellung der Kardinäle. Zum ersten Punkt hat das Konzil im Text des Dekretes *Quoniam frequens* vom 27. April 1433, das die immerwährende Gültigkeit der Autorität der Generalkonzilien festlegte, eine neue Fassung der *Professio fidei* formuliert, die von den Wählern vor Eintritt in das Konklave zu beschwören ist und in der das Versprechen abgegeben wird, dass jeder, auf den die Wahl trifft, die in der *Professio* genannten Dekrete einhalten wird[25]. Sodann wurde in der Konzilssitzung vom 26. März 1436 im Dekret *Quoniam salus*, in dem die Papstwahl geregelt wird, ein neuer und stark erweiterter Amtseid des künftigen Papstes formuliert[26]. Hier wird nicht nur die übliche *Professio*

[22] *Quellen zur Kirchenreform im Zeitalter der großen Konzilien*, Bd. 1, Nr. XVI, S. 517 f. und S. 530 f.

[23] W. BRANDMÜLLER, *Das Konzil von Pavia-Siena 1423-1424*, Paderborn 2002.

[24] R. ZWÖLFER, *Die Reform der Kirchenverfassung auf dem Konzil zu Basel*, in «Basler Zeitschrift für Geschichte und Altertumskunde», 28, 1929, S. 141-247 und 29 (1930), S. 2-58; J. HELMRATH, *Das Basler Konzil 1431-1449. Forschungsstand und Probleme* (Kölner Historische Abhandlungen, 32), Köln - Wien 1987; J. MIETHKE, *Einleitung* zu *Quellen zur Kirchenreform im Zeitalter der großen Konzilien des 15. Jahrhunderts*, Bd. 2: *Die Konzilien von Pavia/Siena (1423/24), Basel (1431-1449) und Ferrara/Florenz (1438-1445)*, hrsg. von J. MIETHKE - L. WEINRICH, Darmstadt 2002, S. 24-82; St. SUDMANN, *Das Basler Konzil. Synodale Praxis zwischen Routine und Revolution*, Frankfurt a.M. 2005.

[25] *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, S. 468-469.

[26] *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, S. 494-505; *Quellen zur Kirchenreform im Zeitalter der großen Konzilien*, Bd. 2, Nr. XX, S. 364-375 (nur Auszug). Der Text wird in einer Schrift von Kardinal Cesarini, Präsident des Basler Konzils, kritisch behandelt; vgl. E. MEUTHEN, *Eine bisher unerkannte Stellungnahme Cesarinis (Anfang November 1436) zur*

*fidei* neu gefasst, vielmehr wird nun eine umfangreiche und detaillierte Liste von Aufgaben des Papstes innerhalb der *ecclesia universalis* und im Kirchenstaat zusammengestellt. Inhaltlich geht es hier um die gleichen Themen, die später in den päpstlichen Wahlkapitulationen wiederkehren werden. Ferner wird in dem Konzilsdekret von der Zahl und von den Eigenschaften der Kardinäle gehandelt. Die Zahl der Teilnehmer des Kollegiums wird auf 24 festgelegt. Die qualitativen Anforderungen an die Kandidaten sind sehr hoch; zur Vermeidung von Nepotismus sollen Neffen des Papstes und der Kardinäle vom Kardinalat ausgeschlossen sein.

Auch darüber hinaus erließ das Konzil eine Fülle von Dekreten zur Kirchenreform. Teilweise verfolgten sie die Tendenz, die päpstliche Gewalt nicht nur zu begrenzen, sondern unter die Oberhoheit des Konzils zu stellen. Die daraus entstandenen Kontroversen führten dazu, dass Papst Eugen IV. (1431-1447)[27] das Konzil am 12. November 1431 auflöste, diese Auflösung am 15. Dezember 1433 wieder zurücknahm, um dann aber am 18. September 1437 das Konzil nach Ferrara bzw. Florenz (1438-1445) zu verlegen.

### b. Das Erstarken der päpstlichen Monarchie

Nach Beendigung des Großen Abendländischen Schismas hatte es Papst Martin V. verstanden, die päpstliche Gewalt neu zu festigen. In wenigen Jahren konnte er den Kirchenstaat neu etablieren, die heruntergekommene Stadt Rom restaurieren, einige der vom Konzil geforderten Reformprojekte vorantreiben und zugleich das Papstamt nach dem Vorbild der Päpste des 13. und 14. Jahrhunderts stärken. Im Kampf mit dem Konzil von Basel war es seinem Nachfolger Eugen IV. gelungen, sich gegen die konziliaren Kräfte zu behaupten. Durch die Union mit den Griechen stärkte er sein Prestige, insbesondere bei den weltlichen Fürsten. Sein Nachfolger Nikolaus V. (1447-1455)[28] erreichte es, dass sich das Restkonzil von

*Papstgewalt*, in «Quellen und Forschungen aus italienischen Archiven und Bibliotheken», 62, 1982, S. 143-179.

[27] J.W. Stieber, *Pope Eugene IV, the Council of Basel, and the Secular and Ecclesiastical Authorities in the Empire: the Conflict over Supreme Authority and Power in the Church*, Leiden 1978; F.-Ch. Uginet, Art. *Eugene IV.*, in *Dictionnaire historique de la papauté*, S. 642-645; J. Helmrath, Art. *Eugen IV.*, in *Lexikon des Mittelalters*, Bd. 4, 1999, Sp. 80-82; D. Hay, Art. *Eugenio IV*, in *Enciclopedia dei Papi*, Bd. 2, 2000, S. 634-640.

[28] A. Esposito, Art. *Nicolas V.*, in *Dictionnaire historique de la papauté*, S. 1168-1170; C. Bonfigli, *Niccolò V. Papa della rinascenza,* Rom 1997; M. Miglio, Art. *Niccolò V*, in *Enciclopedia dei Papi*, Bd. 2, 2000, S. 644-658.

Basel-Lausanne selbst auflöste und der konziliare Gegenpapst Felix V. abdankte. Durch den Beitritt des Papstes zur Liga im Jahre 1455 wurde der Kirchenstaat ein Teil der italienischen Pentarchie. Die Restauration des Papsttums war damit weitgehend abgeschlossen[29]. Äußerlich zeigte sich der neue Herrschaftsstil im Ausbau des vatikanischen Palastes und in einer neuen Ausrichtung des Zeremoniells am päpstlichen Hof. Die Rückbesinnung auf die gestaltende Kraft der Antike kam nicht nur in der Kunst der Renaissance, sondern auch in der Anlehnung der päpstlichen Herrschaft an das römische Kaiserrecht zum Ausdruck[30]. Diese Haltung prägte sich bei den nachfolgenden Päpsten der Renaissance noch weiter aus.

### c. Die Fürstenkonkordate und der Sieg über den Konziliarismus

Bei der Beseitigung des Großen Schismas hatten weltliche Fürsten eine bedeutende Rolle gespielt. So wäre ohne den deutschen König Sigismund das Konzil von Konstanz kaum zustande gekommen. Viele Fürsten – bis zum Jahre 1436 nicht weniger als 10 Könige und 18 Herzöge bzw. Kurfürsten – hatten sich in Basel engagiert oder ließen sich dort vertreten. Die Überwindung der konziliaren Bewegung konnte von den Päpsten folglich nur erreicht werden, wenn es ihnen gelang, die weltlichen Herrscher vom Konzil zu trennen. Dies geschah mit unterschiedlichem Erfolg. In Frankreich hatte man die Beschlüsse des Basler Konzils 1438 in der Pragmatischen Sanktion von Bourges rezipiert, wobei nicht zu übersehen ist, dass Nutznießer dieser Dekrete letztlich nicht der französische Klerus, sondern die französische Krone wurde. Doch gelang es dem Papsttum mit Hilfe einer systematischen Konkordatspolitik – den Anfang machten Lüttich und Bretagne im Jahre 1441, Burgund 1441/42, am Ende stehen Spanien 1482 und Polen 1525 –, in den weltlichen Herrschaften die letzten Reste von konziliarer Tendenz zu beseitigen[31]. Im Falle Frankreichs

[29] G. CHITTOLINI, *Papato, corte di Roma e stati italiani dal tramonto del movimento conciliarista agli inizi del Cinquecento*, in G. DE ROSA - G. CRACCO (Hrsg.), *Il Papato e l'Europa*, Soveria Manelli 2001, S. 191-217.

[30] M.A. VISCEGLIA, *La città rituale. Roma e le sue cerimonie in età moderna* (La corte dei Papi, 8), Rom 2002, S. 53 ff.; A. MODIGLIANI, *Ideologische und symbolische Äußerungen der päpstlichen Gewalt im Umfeld der Päpste von Nikolaus V. bis zu Paul II.*, in J. DENDORFER - C. MÄRTL (Hrsg.), *Nach dem Basler Konzil. Die Neuordnung der Kirche zwischen Konziliarismus und monarchischem Papat (ca. 1450-1475)*, Berlin 2008, S. 255-281.

[31] C. CALISSE, *I concordati del secolo XV*, in *Chiesa e Stato. Studi storici e giuridici per il decennale della conciliazione tra la Santa Sede e l'Italia*, Bd. 1, Milano 1939, S. 115-145; W. BERTRAMS, *Der neuzeitliche Staatsgedanke und die Konkordate des ausgehenden Mittel-*

geschah dies durch das Konkordat zwischen Papst Leo X. und König Franz I. von 1516[32]. Im deutschen Reich war die Entwicklung sehr ähnlich. Hatte der Mainzer Reichstag 1439 noch die sogenannte «Mainzer Akzeptation»[33] beschlossen, mit der eine Reihe von Dekreten des Basler Konzils angenommen wurde, gelang es Eugen IV. mit den sogenannten «Fürstenkonkordaten»[34] von 1447, die Reichsfürsten zur Abkehr vom Konzil und ihrer bis dahin verfolgten Neutralitätspolitik zu bewegen, allerdings gegen erhebliche landeskirchliche Zugeständnisse. Sein Nachfolger Nikolaus V. schloss dann am 17. Februar 1448 zu Wien mit Kaiser Friedrich III. *pro natione Alamanica* ein weiteres Konkordat[35], in dem – unter Abschwächung der konziliaren Reformvorstellungen – die Besetzung der Bistümer und exempten Abteien geregelt wurde, die päpstliche Position gestärkt, vor allem aber der Weg zu der Ausbildung von Landeskirchen in den Territorien des Heiligen Römischen Reichs geebnet wurde. Von dieser Entwicklung profitierte also nicht nur das Papsttum: Es waren die Fürsten, die ihrem Ziel, National- oder Landeskirchen zu errichten, ein gutes Stück näher gekommen waren.

## 2. *Das Kardinalskollegium zwischen 1378 und 1588*

Nachdem sich die Kardinäle, die zunächst vor allem liturgische Aufgaben zu erfüllen hatten, im 11. Jahrhundert zu einem *collegium* zusammengeschlossen hatten und nachdem im Laufe des 12. Jahrhunderts ihr Aufgabenbereich erweitert worden war, nahm das Kardinalskolleg in der Kirchenleitung eine bedeutende Funktion ein. Bald trat es an die Stelle

*alters*, Roma 1950²; H.-J. BECKER, Art. *Konkordat (Mittelalter und Neuzeit)*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. 2, 1978, Sp. 1067-1070.

32 J. THOMAS, *Le Concordat de 1516, ses origines, son histoire au XVIe siècle*, 3 Bde., Paris 1910; E. BUSSI, *Il concordato del 1516 fra la Santa Sede e la Francia*, in *Chiesa e Stato*, Bd. 1, Milano 1939, S. 191-212; P. PRODI, *Das Konzil von Trient in bezug auf Politik und Recht der Neuzeit*, in P. PRODI - W. REINHARD (Hrsg.), *Das Konzil von Trient und die Moderne* (Schriften des Italienisch-Deutschen Historischen Instituts in Trient, 16), Berlin 2001, S. 7-22, insbesondere S. 13 f.

33 H. HÜRTEN, *Die Mainzer Akzeptation von 1439*, in «Archiv für Mittelrheinische Kirchengeschichte», 11, 1959, S. 42-75

34 J. HELMRATH, Art. *Fürstenkonkordate*, in *Lexikon für Theologie und Kirche*, Bd. 4³, 2001, Sp. 249 f.

35 A. MEYER, *Das Wiener Konkordat – eine erfolgreiche Reform des Spätmittelalters*, in «Quellen und Forschungen aus italienischen Archiven und Bibliotheken», 66, 1986, S. 108-152.

der römischen Synoden. Vor allem aber berieten die Kardinäle, die seit 1179 das ausschließliche Papstwahlrecht besaßen, den Papst in politischen und kirchlichen Fragen[36]. Dies geschah in der Vollversammlung der Kardinäle, im Konsistorium, das unter Innozenz III. (1198-1216) mehrmals in der Woche tagte[37]. Wichtige Entscheidungen, sogenannte *causae maiores* oder *magna negotia*, ergingen «de fratrum nostrorum consilio», d.h. nach Anhörung des Kardinalskollegiums, das – in Anlehnung an das antike Vorbild – als Senat des Papstes angesehen wurde. Den Höhepunkt ihres Einflusses gewannen die Kardinäle im 13. und 14. Jahrhundert. Weil die Kardinäle an den Einkünften der Kurie beteiligt waren, wurde ihr Amt für den römischen Adel attraktiv. Aber auch die weltlichen Herrscher Europas zeigten Interesse daran, durch Vertreter in diesem Kollegium Einfluss auf die päpstliche Politik nehmen zu können.

### a. Die Rolle der Kardinäle im Schisma und in der konziliaren Ära

Das Kardinalskollegium hatte bereits um die Mitte des 14. Jahrhunderts versucht, auf die Politik der Päpste und insbesondere auf die Finanzierung der Kurie Einfluss auszuüben. Die Wahl von Papst Urbans VI. (1362-1370)[38] war unter zweifelhaften Umständen erfolgt. Daraufhin hatte ein

[36] J. LECLERC, *«Pars corporis papae». Le sacré collège dans l'ecclésiologie médiévale*, in *L'homme devant Dieu. Mélanges offerts au Père Henri Lubac*, Bd. 2, Paris 1964, S. 183-198; C.G. FÜRST, *Cardinalis. Prolegommena zu einer Rechtsgeschichte des römischen Kardinalkollegiums*, München 1967; G. ALBERIGO, *Cardinalato e collegialità. Studi sull'ecclesiologia tra l'XI e il XIV secolo*, Firenze 1969; J.A. WATT, *The Constitutional Law of the College of Cardinals from Hostiensis to Johannes Andreae*, in «Medieval Studies», 33, 1971, S. 127-157; W. MALECZEK, *Papst und Kardinalskolleg von 1191 bis 1216 – die Kardinäle unter Coelestin III. und Innozenz III.*, Wien 1984; E. GATZ, Art. *Kardinal/Kardinalskollegium*, in *Theologische Realenzyklopädie*, Bd. 7, Berlin - New York 1988, S. 628-635; K. GANZER, *Der ekklesiologische Standort des Kardinalkollegiums in seinem Wandel – Aufstieg und Niedergang einer kirchlichen Institution*, in «Römische Quartalschrift», 88, 1993, S. 114-133.

[37] Vgl. G. ALBERIGO, *Cardinalato*, S. 52 ff.; DERS., *Forme storiche di governo nella chiesa universale*, Bologna 2003, S. 216 ff.; A.Th. HACK, *Zeremoniell und Inszenierung des päpstlichen Konsistoriums im Spätmittelalter*, in J. PELTZER u.a (Hrsg.), *Politische Versammlungen und ihre Rituale. Repräsentationsformen und Entscheidungsprozesse des Reichs und der Kirche im späten Mittelalter* (Mittelalter-Studien, 27), Ostfildern 2009, S. 55-92.

[38] H. BRESC, *La genèse du schisme: Les partis cardinalices et leur ambitions dynastiques*, in *Genèse et débuts du Grand Schisme d'Occident*, Paris 1980, S. 45-57; W. BRANDMÜLLER, *Papst und Konzil im Grossen Schisma (1378-1431). Studien und Quellen*, Paderborn 1990, S. 3-41; M. MAILLARD-LUYPAERT, Art. *Urbain VI.*, in *Dictionnaire historique de la papauté*, S. 1681-1683; I. AIT, Art. *Urbano VI*, in *Enciclopedia dei Papi*, Bd. 2, 2000, S. 561-569.

Teil der Kardinäle dem neu erwählten Pontifex die Anerkennung versagt und durch Neuwahl eines neuen Kandidaten das Schisma ausgelöst. So entwickelte sich neben dem römischen ein weiteres Kardinalskollegium in Avignon, und als Folge der Papstwahl auf dem Konzil von Pisa sogar ein drittes Kardinalskollegium des Konzilspapstes. Es waren dann die Kardinäle dieser drei Observanzen, die für den Verlauf und die Beilegung des Schismas eine tragende Rolle spielten, wenn auch letztlich die Lösung durch ein Konzil erreicht wurde[39]. Die Reformkonzilien waren dem Kardinalat gegenüber sehr skeptisch. Sie drangen auf eine Reform und wollten den Status der Kardinäle insbesondere deshalb stärken, um damit die Ausübung der päpstlichen Gewalt durch den Zwang zur Beratung durch ein Kollegialorgan (*consilio et consensu*) einzugrenzen. Zu diesem Zweck entwarfen sie, wie bereits ausgeführt wurde, Konzepte für ein ideales Kardinalskollegium, in dem sie genaue Vorschriften über die Zahl der Mitglieder, über die qualitativen Anforderungen für die Amtsträger und über die Art ihrer Mitwirkung bei der Bildung von päpstlichen Entscheidungen aufstellten. In einigen Reformentwürfen wird das Kardinalskollegium als Organ in der Nachfolge des Apostelkollegiums und als eine Repräsentanz der allgemeinen Kirche und eine Art von permanentem Konzil aufgefasst[40].

### b. Der Funktionswandel des Kardinalskollegs

Seit Martin V. arbeiteten die Päpste mit dem Kardinalskolleg, das nunmehr eine internationale Ausrichtung aufwies, zusammen und versuchten, die politischen und kirchlichen Probleme ihrer Pontifikate mit Hilfe von Kardinälen zu lösen. Selbst Papst Pius II. (1458-1464)[41], der als ein selbstbewusster Regent angesehen werden kann, legte auf die Zusammenarbeit

[39] G. ALBERIGO, *Cardinalato*, S. 159 ff.

[40] H. JEDIN, *Geschichte des Konzils von Trient*, Bd. 1, Freiburg i.Br. 1951², S. 60 ff.; DERS., *Vorschläge und Entwürfe zur Kardinalsreform*, in DERS., *Kirche des Glaubens, Kirche der Geschichte. Ausgewählte Aufsätze und Vorträge*, Bd. 2: *Kirche und Kirchenreform*, Freiburg i.Br. u.a. 1966, S. 118-147, insbesondere S. 119 ff.

[41] D. MAFFEI (Hrsg.), *Enea Silvio Piccolomini papa Pio II*, Siena 1968; Ch.E. NAVILLE, *Enea Silvio Piccolomini. L'uomo, l'umanista, il pontefice (1405-1464)*, Bologna u.a. 1984; L. ROTONDI SECCHI TARUGI (Hrsg.), *Pio II e la cultura del suo tempo*, Mailand 1991; DIES. (Hrsg.), *Pio II umanista europeo* (Quaderni della rassegna, 49), Firenze 2007; P. PIACENTINI SCACCIA, Art. *Pie II.*, in *Dictionnaire historique de la papauté*, S. 1323-1325; A. ESCH, Art. *Pius II.*, in *Lexikon des Mittelalters*, Bd. 6, 1999, Sp. 2190-2192; M. PELLEGRINI, Art. *Pio II*, in *Enciclopedia dei Papi*, Bd. 2, 2000, S. 663-685.

mit dem Kardinalskollegium großen Wert[42]. Allerdings wurden bereits in seiner Regierungszeit an der Kurie Diskussionen darüber geführt, ob ein Papst bei der Kreierung neuer Kardinäle an den Rat des Kollegiums gebunden sei. Ein erster Umbruch macht sich unter den Pontifikaten Pauls II. (1464-1471) und Sixtus IV. (1471-1484) bemerkbar. Beide Pontifikate lassen Züge einer absolutistischen Gesinnung erkennen, wobei beide Päpste schon äußerlich durch Übernahme symbolischer Zeichen antiker Herrschaft an dem monarchischen Charakter ihres Amtes keinen Zweifel lassen. Der Rat der Kardinäle ist den Päpsten zu dieser Zeit nicht mehr wichtig.

### c. Die päpstlichen Wahlkapitulationen

Eine Möglichkeit, auf die inhaltliche Ausrichtung eines Pontifikats Einfluss zu nehmen, waren die *pacta iurata*, die von den Kardinälen im Konklave noch vor Beginn des eigentlichen Wahlverfahrens abgeschlossen wurden[43]. Zum ersten Mal geschah dies unter dem Eindruck der großen Schuldenlast der Kurie im Konklave nach dem Tode von Papst Clemens VI. im Dezember 1352. Allerdings ist dieser erste Versuch zur Errichtung einer päpstlichen Wahlkapitulation letztlich gescheitert. Der im damaligen Konklave gewählte Papst Innozenz VI.[44] hat die von ihm beschworene Wahlkapitulation bereits nach wenigen Monaten – mit Zustimmung der

[42] W. SCHÜRMEYER, *Das Kardinalskolleg unter Pius II.*, Berlin 1924, ND Vaduz 1965; H.-J. BECKER, *Ansätze zur Kirchenreform in den päpstlichen Wahlkapitulationen der Jahre 1458 (Pius II.), 1464 (Paul II.) und 1471 (Sixtus IV.)*, in J. DENDORFER - C. MÄRTL (Hrsg.), *Nach dem Basler Konzil*, S. 331-356, insbesondere S. 340 ff.

[43] H.-J. BECKER, *Pacta conventa (Wahlkapitulationen) in den weltlichen und geistlichen Staaten Europas*, in P. PRODI (Hrsg.), *Glaube und Eid. Treuformeln, Glaubensbekenntnisse und Sozialdisziplinierung zwischen Mittelalter und Neuzeit* (Schriften den Historischen Kollegs, 28), München 1993, S. 3-9; DERS., Art. *Wahlkapitulation*, in *Lexikon für Theologie und Kirche*, Bd. 10, 2001$^3$, S. 924 f.; DERS., *Wahlkapitulation und Gesetz*, in O. BEHRENDS - Chr. STARCK (Hrsg.), *Gesetz und Vertrag*, Bd. 1 (11. Symposion der Kommission «Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart» am 10. und 11. Mai 2002), (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen. Phil.-Hist. Klasse, 3. Folge 262) Göttingen 2004, S. 91-106; Th.M. KRÜGER, *Überlieferung und Relevanz der päpstlichen Wahlkapitulationen (1352-1522)*, in «Quellen und Forschungen aus italienischen Archiven und Bibliotheken», 81, 2001, S. 228-255; DERS., *Die päpstlichen Wahlkapitulationen von Eugen IV. bis zu Julius II. nach vatikanischen Handschriften. Mit einer Edition der unbekannten Konstitution Hodie divina von 1471*, in «Miscellanea Bibliothecae Apostolicae Vaticanae», 13, 2006, S. 287-315.

[44] P. JUGIE, Art. *Innocent VI.*, in *Dictionnaire historique de la papauté*, S. 886-888; P. GASNAULT, Art. *Innocente VI*, in *Enciclopedia dei Papi*, Bd. 2, 2000, S. 537-542.

Kardinäle – in der Bulle *Sollicitudo pastoralis* vom 6. Juli 1353 für null und nichtig erklärt[45]. Im Schisma ließ man die konkurrierenden Päpste Erklärungen, sogenannte *cedulae*, unterschreiben, in denen sie sich zum Rücktritt verpflichteten, falls das Wohl der kirchlichen Einheit dies erforderlich machen sollte. Weil diese Versprechen nicht gehalten wurden, konnte das Konzil von Konstanz dann den Eidbruch als belastenden Tatbestand im Rahmen der Absetzungen der konkurrierenden Päpste verwenden. Bereits im ersten Konklave, das nach dem Tode des Konzilspapstes Martin V. im Jahre 1431 durchgeführt wurde, ist dann eine ausführliche Wahlkapitulation aufgestellt worden. Der erwählte Papst Eugen IV. hat diesen Text, wie es die Kapitulationsurkunde vorgeschrieben hatte, nach seiner Krönung mit der Bulle *In qualibet monarchia* vom 12. März 1431 publiziert[46]. Im Basler Konzil griff man auf diese *pacta iurata* von 1431 zurück: Sowohl die dort am 27. April 1433 beschlossene *Professio fidei*, wie auch das umfangreiche Dekret vom 26. März 1436 *De electione summi pontificis* weisen viele Übereinstimmungen mit der Wahlkapitulation Eugens IV. auf. Es werden hier u.a. die Aufgaben des Papstes bei der Friedenssicherung in der Welt, konkret bei der Abwehr der Türkengefahr, die Reform der Kurie und des römischen Klerus, die Reorganisation und die Verwaltung des Kirchenstaates, die Qualifikation und die Zusammensetzung des Kardinalskollegiums und die Regelung der finanziellen Einkünfte der Kardinäle angesprochen[47]. Vor allem aber wurde hier im Hinblick auf die Papstwahl verfügt, dass jeder künftige Pontifex vor Amtsantritt nicht nur die traditionelle *Professio fidei* ablegen, sondern darüber hinaus das eidliche Versprechen abgeben müsse, für den Schutz des katholischen Glaubens, die Abwehr von Häresien, die Reform der Sitten und die Friedenssicherung einzutreten. Ferner sollte sich der *electus in papam* verpflichten, die Basler Dekrete über die Einberufung weiterer Generalkonzile und über die Konfirmation von gewählten Bischöfen und Prälaten strikt einzuhalten. Jahr für Jahr sollte der Papst am Jahrestag seiner Erwählung oder Krönung an diese Versprechen erinnert werden. Die Kardinäle wurden ermächtigt, «filiali reverentia et charitate» den

[45] Der Text der Wahlkapitulation von 1352 ist nur als Insert der Widerrufsbulle von 1353 überliefert: P. GASNAULT - M.H. LAURENT (Hrsg.), *Lettres secrètes et curiales. Innocent VI (1352-1362)*, Bd. 1, Paris 1960, Nr. 435, S. 137-138. Vgl. hierzu D. QUAGLIONI, *La Crisi del trecento e il papato Avignonese 1274-1378* (Storia della Chiesa, 11), Milano 1994, S. 293 f.

[46] Druck in O. RAYNALDUS - J. D. MANSI, *Annales ecclesiastici*, Bd. 9, Lucca 1752, S. 91-94.

[47] Quellennachweise oben Anm. 23 und 24.

säumigen Papst zu mahnen und notfalls das künftige Konzil gegen ihn anzurufen. Dieses Programm, das sich an die Wahlkapitulation von 1431 anlehnt, dient zugleich als Rahmenordnung für die vielen päpstlichen Wahlkapitulationen, die in den zahlreichen Konklaven bis in das 18. Jahrhundert hinein aufgestellt worden sind. Inwieweit diese Programme von den Päpsten real eingehalten worden sind, ist von Fall zu Fall sehr unterschiedlich zu beurteilen. Wichtig ist aber, dass ein Kollegialorgan – bei allem Wandel seiner persönlichen Zusammensetzung – sich berufen fühlte, an der Regierung des verstorbenen Amtsträgers Kritik zu üben und dem – wie ein absoluter Fürst regierenden – neuen Papst eine Richtlinie für die anstehenden Reformen an die Hand zu geben.

## 3. *Die päpstliche Kurie*

### a. Reformansätze des 15. und 16. Jahrhunderts

Zu den Reformanliegen gehörte seit dem 14. Jahrhundert die dringende Forderung, die päpstliche Kurie, ihre Organe, ihren Geschäftsgang und ihr Finanzgebaren zu verbessern[48]. Die apostolische Kammer – zuständig für Einnahmen und Ausgaben und für die Verwaltung des Kirchenstaates –, die Datarie, die Sekretariate zur Expedition des Schriftverkehrs, die päpstlichen Gerichte, die Kanzlei und die Pönitentiarie erforderten einen großen Personalstab, der neben dem Palast und dem Hof finanziert werden musste. Da die Reformkonzilien den päpstlichen Zugriff auf Pfründen stark eingeschränkt hatten, ergab sich als Folge, dass nun andere Geldquellen erschlossen wurden. Dazu mussten zum einen die Einkünfte aus dem Kirchenstaat erhöht werden. Zum anderen wurden neue Abgaben durch systematische Nutzung der päpstlichen Gnadenbefugnis, d.h. durch Gebühren für die Gewährung von Dispensen und Ablässen, erschlossen.

[48] Einen ersten Überblick zur Geschichte der Kurie bieten A. PARAVICINI BAGLIANI, Art. *Curie (XIe-XIIIe siècle)*, B. GUILLEMAIN, Art. *Curie (XIVe-XVe siècle)*, sowie M. PELLEGRINI, Art. *Curie (XVe siècle),* in *Dictionnaire historique de la papauté*, S. 505-511, S. 511-518 und S. 518-521; B. SCHWARZ - E. GATZ, Art. *Kurie, Römische*, in *Theologische Realenzyklopädie*, Bd. 20, 1990, S. 343-352; B. SCHWARZ, *Die römische Kurie im Zeitalter des Schismas und der Reformkonzilien*, in G. MELVILLE (Hrsg.), *Institutionen und Geschichte. Theoretische Aspekte und mittelalterliche Befunde* (Norm und Struktur, 1), Köln u.a. 1992, S. 231-258. Grundlegende Werke: N. DEL RE, *La Curia Romana. Lineamenti Storico-Giuridici*, Città del Vaticano 1998[4]; E. PÁSZTOR, *Onus apostolicae sedis. Curia Romana e cardinalato nei secoli XI-XV*, Roma 1999; Chr. SCHUCHARD, *Die Deutschen an der päpstlichen Kurie im späten Mittelalter (1378-1447)*, Tübingen 1987, S. 46 ff. (*Kurie im weiteren Sinn*), S. 70 ff. (*Kurie im engeren Sinn I: Verwaltung*), S. 128 ff. (*Kurie im engeren Sinn II: Hofstaat*).

Vor allem aber wurde der Ämterverkauf stark erweitert[49]. So erfolgreich die fiskalische Seite dieser Einrichtungen war, weithin empfand man dieses System, besonders die Ämterkäuflichkeit und das Ablasswesen, als Skandal, der abzuschaffen oder doch wenigstens zu reformieren sei. Immer wieder wurden Reformpläne für die Kurie vorgelegt[50], doch scheiterten diese Projekte nicht selten am Widerstand der mächtigen Kurialorgane, die ihren Einfluss nicht verlieren wollten.

b. Vom Konsistorium zur Kongregation

Ein erfolgreicher Ansatz zu einer durchgreifenden Reform ging von Paul III.[51] aus, der – obgleich persönlich sicher kein Vertreter der Reformbewegung – nicht nur bei der Auswahl von reformfreudigen Kardinälen eine glückliche Hand besaß, sondern auch 1542 einen neuen Behördentyp für die Kurie schuf: die Kardinalskongregation[52]. Anlass zur Gründung dieser Einrichtung, die später den Namen *Congregatio Sanctae Inquisitionis haereticae pravitatis* erhielt, war die Abwehr reformatorischen Gedankenguts, das vor allem in Oberitalien und in Neapel Fuß gefasst hatte[53]. Mit dieser Kongregation wurde eine Behörde geschaffen, die neben dem

[49] B. Schwarz, *Ämterkäuflichkeit, eine Institution des Absolutismus und ihre mittelalterlichen Wurzeln*, in *Staat und Gesellschaft in Mittelalter und Früher Neuzeit. Gedenkschrift für Joachim Leuschner*, Göttingen 1983, S. 176-196; dies., *Ämterkäuflichkeit an der Römischen Kurie. Voraussetzungen und Entwicklungen bis 1463*, in S. Kuttner - K. Pennington (Hrsg.), *Proceedings of the Sixth International Congress of Medieval Canon Law* (Monumenta Iuris Canonici Seires C, Subsidia 7), Città del Vaticano 1985, S. 451-463; B. Schimmelpfennig, *Der Ämterhandel an der römischen Kurie von Pius II. bis zum Sacco di Roma (1458-1527)*, in I. Miek (Hrsg.), *Ämterhandel im Spätmittelalter und im 16. Jahrhundert*, Berlin 1984, S. 3-41.

[50] Vgl. z.B. J. Dendorfer, *«Habita [...] plenissima informatione». Zur Kurienreform Papst Alexanders VI. (1497)*, in A. Brendecke u.a. (Hrsg.), *Information in der Frühen Neuzeit. Status, Bestände, Strategien* (Pluralisierung & Autorität, 16), Münster 2008, S. 83-108.

[51] F. Fossier, Art. *Paul III*, in *Dictionnaire historique de la papauté*, S. 1263-1268; G. Benzoni, Art. *Paolo III*, in *Enciclopedia dei Papi*, Bd. 3, 2000, S. 91-111.

[52] N. Del Re, *La Curia Romana. Lineamenti storico-giuridici*, Città del Vaticano 1998[4], S. 93-196; J.-B. D'Onorio, Art. *Congregations Romaines*, in *Dictionnaire historique de la papauté*, S. 459-465. Zu den Reformbemühungen Pauls III. vgl. H. Jedin, *Die Anfänge der Katholischen Reform in Rom unter Paul III.*, in E. Iserloh u.a. (Hrsg.), *Handbuch der Kirchengeschichte*, Bd. 4: *Reformation, katholische Reform und Gegenreformation*, Freiburg i.Br. u.a. 1967, S. 476-483.

[53] Die Kongregation wurde auch «Congregatio Sancti Officii» genannt. Seit 1965 trägt sie den Namen «Congregazione per la dottrina della fede». Vgl. N. Del Re, *La Curia Romana*, S. 95-107.

Konsistorium unter Leitung von einem oder mehreren Kardinälen arbeitete und die für alle Länder zuständig war. Pius IV. (1559-1565)[54] berief dann 1564 eine weitere ständige Kardinalskongregation zur Interpretation der Konzilsbeschlüsse[55], unter Pius V. (1566-1572) folgten 1571 die Gründung einer Kongregation zur Überwachung des Index der verbotenen Bücher[56] und unter Gregor XIII.[57] 1576 eine Kongregation für die Bischöfe[58]. Je mehr Kardinalskongregationen gegründet wurden, desto geringer wurde die Bedeutung des Konsistoriums.

### c. Sixtus V., die Kurienreform von 1588 und die Vollendung der absoluten Papstherrschaft

Eine völlige Umgestaltung der Kurie erfolgte durch die Reform, die Sixtus V. (1585-1590)[59] im Jahre 1588 mit der Bulle *Immensa aeterni Dei* einleitete[60]. 1586 war eine Umgestaltung des Kardinalskollegiums vorausgegangen, mit der die Zahl der Kardinäle auf 70 festgelegt wurde. Bereits die hohe Zahl der Purpurträger schwächte die Bedeutung des einzelnen Kardinals deutlich ab. Sixtus V. betraute 15 Kongregationen, die unter der Leitung von jeweils mindestens drei Kardinälen standen, mit der Geschäftsführung für die wichtigsten kurialen Bereiche[61]. Sechs

[54] M. SMITH, Art. *Pie VI.*, in *Dictionnaire historique de la papauté*, S. 1326-1328; F. RURALE, Art. *Pio IV*, in *Enciclopedia dei Papi*, Bd. 3, 2000, S. 142-160.

[55] «Congregatio cardinalium super executione decretorum Concilii Tridentini». Vgl. F. ROMITA, *Le origini della Sacra Congregazione del Concilio*, in P. PALAZZINI (Hrsg.), *La Sacra Congregazione del Concilio. Quarto centenario dalla fondazione (1564-1964). Studi e ricerche*, Città del Vaticano 1964, S. 13-50; R. PUZA, *Die Konzilskongregation (1563-1908)*, in «Römische Quartalschrift», 90, 1995, S. 23-42.

[56] «Congregazione dell'Indice»; vgl. N. DEL RE, *La Curia Romana*, S. 325-328, sowie H.H. SCHWEDT, *Die römischen Kongregationen der Inquisition und des Index und die Kirche im Reich (16. und 17. Jahrhundert)*, in «Römische Quartalschrift», 90, 1995, S. 43-73.

[57] A. BORROMEO, Art. *Gregoire XIII.*, in *Dictionnaire historique de la papauté*, S. 760-763; A. BORROMEO, Art. *Gregorio XIII*, in *Enciclopedia dei Papi*, Bd. 3, S. 180-202.

[58] N. DEL RE, *La Curia Romana*, S. 369-372.

[59] M. ROSA, Art. *Sixte V.*, in *Dictionnaire historique de la papauté*, S. 1593-1596; S. GIORDANO, Art. *Sisto V*, in *Enciclopedia dei Papi*, Bd. 3, S. 202-222.

[60] *Bullarium Romanum*, hrsg. von G. TOMASSETI u.a., Bd. 8: *A Gregorio XIII ad Sixtum V*, Turin 18583, S. 985-999. Vgl. L. VON PASTOR, *Geschichte der Päpste*, Bd. 10, Freiburg i.Br. 1926, S. 180-192.

[61] H. LUTZ, *Papsttum, europäische Staatenwelt und Kirchenreform um die Mitte des 16. Jahrhunderts*, in *Jahres- und Tagungsbericht der Görres-Gesellschaft*, o.O. 1964, S. 13-26;

Kongregationen befassten sich mit Materien des Kirchenstaates, neun mit geistlichen Angelegenheiten. Der einzelne Kardinal verlor an Wirkungsmöglichkeiten und war darauf angewiesen, wenigstens einer, nach Möglichkeit aber mehreren der 15 Kardinalskongregationen anzugehören. Noch bedeutsamer aber war es, dass auf diese Weise dem Kardinalskollegium viele Kompetenzen, die es früher im Konsistorium wahrnehmen konnte, beschnitten wurden[62]. Waren früher die *causae maiores* in der Versammlung der in Rom weilenden Kardinäle beraten und entschieden worden, so entschied nun der Papst, der dem Kardinalskolleg seine bereits getroffenen Beschlüsse nur noch mitteilte. Der venezianische Botschafter in Rom Paolo Paruta berichtete 1595 an die Serenissima, die päpstliche Regierung stelle eine Herrschaftsform da, die eine königliche sei, aber von der Art, wo allein der Wille des Herrschers maßgeblich sei, der weder durch Gesetze und Ordnungen, noch durch Parlamente und Ständeversammlungen eingeschränkt werde:

«Ma il Pontfice con suprema e assolutissima autorità ordina e dispone tutte le cose, senza né usar altrui consiglio, se non quanto a lui medesimo piace, né ricevere d'alcuna contraria osservata costituzione alcun impedimento; come io ho veduto per prova in molti importantissimi negozi e affari passati nel mio tempo a quella corte ...»[63].

Der von 1609 bis 1612 am römischen Hof tätige Botschafter Giovanni Mocenigo berichtete einige Jahre später an den Senat von Venedig:

«Alla cognizione delle forze temporali della chiesa si deve aggiungere la considerazione della forma del governo, che rende più stimata e riguardevole l'autorità e potestà del Pontefice, e quest'è perchè il Papa comanda al suo Stato con supremo ed assoluto dominio, dipendendo il tutto dalla sua propria volontà, ordinando e disponendo ogni affare

N. Del Re, *Sisto V e la sua opera di organizzazione del governo centrale della Chiesa e dello Stato*, in «Idea. Rivista mensile di cultura e di politica», 36, 1980, S. 41-54; P. Brezzi, *La riforma strutturale dello Stato della Chiesa nel quadro europeo alla fine del cinquecento*, in M. Fagiolo - M.L. Madonna (Hrsg.), *Sisto V*, Bd. 1: *Roma e il Lazio*, Roma 1992, S. 3-17; P. Palazzini, *Le congregazioni romane da Sisto V a Giovanni Paolo II*, in M. Fagiolo - M.L. Madonna (Hrsg.), *Sisto V*, Bd. 1 S. 19-38; M. Caravale, *Le istituzioni temporali della Chiesa sotto Sisto V*, in M. Fagiolo - M.L. Madonna (Hrsg.), *Sisto V*, Bd. 1, S. 39-58; G. Alberigo, *Forme storiche di governo nella Chiesa universale*, in P. Prodi (Hrsg.), *Forme storiche di governo nella Chiesa universale* (Quaderni di discipline storiche, 18), Bologna 2003, S. 207-225, insbesondere S. 220 f.

62 Zum Verhältnis des Konsistoriums zu den Kongregationen vgl. G. Phillips, *Kirchenrecht*, Bd. 6, Regensburg 1864, S. 576-582.

63 *Relazioni degli stati europei lette al Senato dagli ambasiatori veneti nel secolo decimosettimo*, hrsg. von N. Barozzi - G. Berchet (Serie III, Italia: Relazioni di Roma, 1/1), Venezia 1877, S. 101.

senza partecipazione dei Cardinali e del concistorio coi quali già si soleva comunicare e prendere il parere in tutte le cose importanti ...»[64].

Von einem Senat der Kardinäle konnte nicht mehr die Rede sein. Hubert Jedin bemerkte hierzu:

«Es sind die Jahrzehnte, in denen das Kardinalskollegium, an Zahl stark vermehrt, mehr und mehr zur höchsten Kategorie des Beamtenstabes wird. Sein Einfluß als selbständige Körperschaft, seine konstitutionellen Ansprüche sind endgültig vorbei. Kein Papst zittert mehr vor dem Widerspruch mächtiger Kardinäle im Konsistorium ... Die Neuordnung Sixtus' V., welche die Kardinalskongregationen zu ständigen Einrichtungen und damit zu Behörden machte, hat unter diese Entwicklung den Schlußstrich gezogen»[65].

## III. Wechselwirkungen im kirchlichen und weltlichen Verfassungsrecht

In den kirchlichen Auseinandersetzungen über die höchste Gewalt in der Kirche herrschen zwar die theologischen Aussagen vor, doch sind sie oft durch Argumente aus dem kanonischen und dem römischen Recht inspiriert worden. Und umgekehrt haben die kirchlichen Diskussionen über das Verhältnis von Papst und Konzil ihre Spuren in den politischen Traktaten des 15. und 16. Jahrhunderts hinterlassen. Im Folgenden sollen skizzenhafte Hinweise auf diese Wechselwirkung gegeben werden, die von den Institutionen Konzil, Kardinalat und Papstamt ausgingen.

### 1. *Konzil: Repräsentation, Konsens, Rezeption*

Die Reformkonzilien waren zwar in erster Linie Versammlungen von Klerikern, doch waren sie zugleich Gesandtenkongresse, wobei die Gesandten – in der Regel juristisch geschulte Persönlichkeiten – Könige und Fürsten, aber auch Städte und Universitäten zu vertreten hatten. Schon durch diese personelle Struktur kam es im Hinblick auf die theoretischen Gesellschaftsmodelle der konziliaren Epoche naturgemäß zu einem Austausch[66]. Drei Begriffe spielen hier eine zentrale Rolle: Reprä-

[64] *Relazioni degli ambasciatori veneti al Senato*, hrsg. von E. Albèri (Serie II, 4), Firenze 1857, S. 396; vgl. hierzu P. Prodi, *Lo sviluppo dell'assolutismo nello Stato Pontificio (secoli XV-XVI)*, Bd. 1: *La monarchia papale e gli organi centrali di governo*, Bologna 1968, 83 f.

[65] H. Jedin, *Kardinal Giovanni Ricci (1497-1574)*, in ders., *Kirche des Glaubens, Kirche der Geschichte. Ausgewählte Aufsätze und Vorträge*, Freiburg i.Br. u.a. 1966, S. 207-269, insbesondere S. 268.

[66] H. Schneider, *Der Konziliarismus als Problem der neueren katholischen Theologie. Die Geschichte der Auslegung der Konstanzer Dekrete von Febronius bis zur Gegenwart*

sentation, Konsens und Rezeption. Bemerkenswert ist, dass der Begriff der Kollegialität der Bischöfe, dem seit dem Zweiten Vaticanum eine große Bedeutung zukommt, damals noch keine Rolle spielt; zu sehr steht die *universitas fidelium* im Vordergrund[67]. Damit wird es aber nötig, Modelle der kollegialen Verkörperung der Vielheit, die von Autoren wie Bartolus von Saxoferrato, Johannes von Paris, Wilhelm von Ockham und Marsilius von Padua entwickelt worden waren, nun für das Konzil fruchtbar zu machen. Antony Black[68] hat versucht, die gegensätzlichen Pole an den beiden spanischen Konzilsvätern Johannes de Segovia als Vertreter des «comunity»-Denkens und Johannes de Torquemada als Vertreter der «monarchy»-Theorie aufzuzeigen. Zum einen wird die Kirche durch ein Kollektiv, nämlich das Konzil, zum anderen durch einen Monarchen (Papst) repräsentiert. Das Problem liegt, wie u.a. Hasso Hofmann[69], Helmut G. Walther[70] und Johannes Helmrath[71] herausgearbeitet haben, in der doppelten Bedeutung des Begriffs *repraesentatio*: Er kann einerseits als juristische Stellvertretung eines Corpus durch Delegation von Personen, welche Gruppierungen des Corpus proportional vertreten, anderseits als *figuratio*, das heißt Vergegenwärtigung des Repräsentierten bis hin zur «Identität» verstanden werden. Dabei erhält die zweite Bedeutung noch einmal ihre besondere Dynamik dadurch, dass sie wiederum zweifach verstanden werden kann, *respectu inferioris* die Universalkirche in ihren Gliedern, *respectu superioris* die Universalkirche als mystischer Leib Christi.

(Arbeiten zur Kirchengeschichte, 47), Berlin - New York 1976, S. 27-68 («Das Weiterleben konziliaristischen Gedankenguts – 15.-18. Jahrhundert»); G. ALBERIGO, *Chiesa conciliare. Identità e significato del conciliarismo* (Testi e ricerche di Scienze religiose, 19), Brescia 1981; F. OAKLY, *The Conciliar Tradition. Constitutionalism in the Catholic Church 1300-1870*, Oxford 2003, ND 2008.

[67] Y.M.-J. CONGAR, *Die Lehre von der Kirche. Vom Abendländischen Schisma bis zur Gegenwart* (Handbuch der Dogmengeschichte, Bd. 3, Fasc. 3 d), Freiburg i.Br. u.a. 1971, S. 29.

[68] A. BLACK, *Monarchy and Community. Political Ideas in the Later Conciliar Controversy 1430-1450*, Cambridge 1970; DERS., *Council and Commune. The Conciliar Movement and the 15th-century Heritage*, London u.a. 1979.

[69] H. HOFMANN, *Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert* (Schriften zur Verfassungsgeschichte, 22), Berlin 2003$^4$, insbesondere S. 286-328.

[70] H.G. WALTHER, *Imperiales Königtum. Konziliarismus und Volkssouveränität. Studien zu den Grenzen des mittelalterlichen Souveränitätsgedankens*, München 1976, insbesondere S. 243 ff.

[71] H. HELMRATH, *Das Basler Konzil 1431-1449. Forschungsstand und Probleme* (Kölner Historische Abhandlungen, 32), Köln - Wien 1987, S. 452 ff.

Mit diesen Begriffen kann man sowohl im Bereich der Ekklesiologie wie auch im Bereich der politischen Theorie arbeiten.

Ähnlich verhält es sich mit den Begriffen «Konsens»[72] und «Rezeption»[73]. Hier geht es um die Frage, wie ein Beschluss des Konzils seine Verbindlichkeit erhält. Johannes von Segovia geht davon aus, dass ein Dekret seine Verbindlichkeit «ex communi assensu omnium fidelium» erhalte. Wenn das Konzil beschließt, handelt es – als Repräsentation der Gesamtkirche unter der Inspiration des Heiligen Geistes – gemäß einem «unanimis consensus omnium fidelium». Deshalb sind seine Beschlüsse unmittelbar mit der Verkündigung und unabhängig von einer nachfolgenden Zustimmung durch alle Christen verbindlich. Eine Rezeption der Norm ist also für ihre Gültigkeit nicht erforderlich. Mit diesem Problemkreis verbunden sind die Fragen der Geschäftsordnung der Kirchenversammlung, der Abstimmungsmodalitäten und der Redefreiheit der Konzilsväter. Die Parallelen, aber auch die großen Unterschiede zur weltlichen Gesetzgebung und zum weltlichen Parlamentarismus liegen auf der Hand. Das lange Nachwirken der konziliaren Idee wird leicht übersehen. Zwar geht das Papsttum als Sieger im Streit um die Oberhoheit hervor. Und doch belegen der Gallikanismus[74], der Febronianismus[75], die Konzilsversuche von 1482[76] und von 1511/12[77] und die Fülle von Appellationen, die im Laufe der Neuzeit gegen päpstliche Entscheidungen an ein künftiges Konzil[78]

[72] W. KRÄMER, *Konsens und Rezeption. Verfassungsprinzipien der Kirche im Basler Konziliarismus* (Beiträge zur Geschichte der Philosophie und Theologie des Mittelalters, 19), Münster 1980.

[73] Y.M.-J. CONGAR, *Quod omnes tangit ab omnibus tractari et approbari debet*, in «Revue historique du droit français et étrager», 36, 1958, S. 210-259; DERS., *Die Rezeption als ekklesiologische Realität*, in «Concilium», 8, 1972, S. 500-514.

[74] G. ADRIÁNY, Art. *Gallikanismus*, in *Theologische Realenzyklopädie*, Bd. 12, 1984, S. 1221; J. GRÈS-GAYER, Art. *Gallicanisme*, in *Dictionnaire historique de la papauté*, S. 713-717.

[75] V. PITZER, Art. *Febronius/Febronianismus*, in *Theologische Realenzyklopädie*, Bd. 11, 1983, S. 67-69.

[76] H. JEDIN, *Geschichte des Konzils von Trient*, Bd. 1: *Der Kampf um das Konzil*, Freiburg i.Br. 1951$^2$, S. 80 ff.; J. PETERSOHN, *Ein Diplomat des Quattrocento: Angelo Geraldini (1422-1486)*, (Bibliothek des Deutschen Historischen Instituts in Rom, 62) Tübingen 1985; DERS., *Kaiserlicher Gesandter und Kuriebischof. Andreas Jamometić am Hof Papst Sixtus' IV. (1478-1481)*, (MGH, *Studien und Texte*, 35) Hannover 2004, S. 130 ff.

[77] H. JEDIN, *Geschichte des Konzils von Trient*, Bd. 1, S. 84 ff.

[78] H.-J. BECKER, *Die Appellation vom Papst an ein allgemeines Konzil. Historische Entwicklung und kanonistische Diskussion im späten Mittelalter und in der frühen Neuzeit* (Forschungen zur kirchlichen Rechtsgeschichte und zum Kirchenrecht, 17), Köln - Wien 1988.

eingelegt worden sind, dass das konziliare Erbe des 15. Jahrhunderts nicht vergessen worden ist. Zu beachten ist auch, dass die strittige Religionsfrage im Heiligen Römischen Reich durch den Reichstagsbeschluss von Speyer 1526 nur deshalb in der Schwebe gehalten werden konnte, weil man die Vereinbarung des religiösen Friedens zwischen den getrennten Konfessionen zeitlich befristete und zwar bis zu einer späteren Lösung der Religionsfrage durch ein allgemeines Konzil. Im Augsburger Religionsfrieden von 1555[79] und im Westfälischen Friedensvertrag von 1648 wird die Religionsfrage offen gelassen, «bis man sich durch Gottes Gnade über die Religionsfragen verglichen haben wird»[80] und überlässt die Aufgabe einem Generalkonzil oder einer besonderen Reichsversammlung, an der Theologen mitarbeiten sollen.

## 2. *Kardinäle*

### a. Teilhabe an der Regierung: vom Kollegium der Ratgeber zum Ministerrat eines absoluten Monarchen

Wie bereits ausgeführt wurde, hatten die Kardinäle seit dem 12. Jahrhundert Anteil an der Leitung der Kirche, weil sie im Konsistorium den Papst in wichtigen Angelegenheiten beraten konnten. Der Kanonist Innozenz IV. (ca. 1190-1254) verglich in seinem Dekretalenkommentar das Kardinalskolleg mit dem römischen Senat[81]. Der Kanonist Hostiensis (ca. 1194-1272) schrieb:

> «Multa fortius ergo decet papam consilia fratrum suorum requirere ... Unde et dicti sunt cardinales a cardine quasi cum papa mundum regentes ... unde et dictum est non 'iudicabis' in singulari sed 'iudicabitis' in plurali, ut non solum papa sed et cardinales includentur etiam in expressione plenitudinis potestatis»[82].

Inwieweit freilich der Papst auch ohne Kardinäle entscheiden konnte, inwieweit er gezwungen war, sich an das Votum der Kardinäle zu halten,

[79] *Augsburger Religionsabschied von 1555*, § 25; A. Buschmann (Hrsg.), *Kaiser und Reich*, Tl. 1, Baden-Baden 1994$^2$, S. 228 f.

[80] *Instrumentum Pacis Osnabrugense*, Art. V § 1; A. Buschmann (Hrsg.), *Kaiser und Reich*, Tl. 2, Baden-Baden 1994$^2$, S. 34.

[81] Innozenz IV., *Apparatus in quinque libros decretalium*, ad X 2.27.23; vgl. B. Tierney, *Foundations of the Conciliar Theory. The Contribution of the Medieval Canonists from Gratian to the Great Schism*, Cambridge 1955, ND Cambridge 1968, S. 176; G. Alberigo, *Cardinalato*, S. 94.

[82] Hostiensis, *Lectura in quinque decretalium libros*, ad X 4.17.3, vgl. B. Tierney, *Foundations*, S. 150; G. Alberigo, *Cardinalato*, S. 97 ff.

wie weit die Macht des Kollegiums während einer Sedisvakanz reichte, war stets angesichts des päpstlichen Primatanspruchs umstritten. Nicht streitig war aber, dass das Prinzip der Hierarchie zu verbinden war mit dem Prinzip der Kollegialität.

Dies änderte sich, wie gezeigt wurde, seit der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts. Aber erst seit der Kurienreform des Jahres 1588 werden die Kardinäle zu Behördenleitern, die dem Papst zuarbeiten, ihm aber unterstehen. Während früher die Versammlung im Konsistorium die Möglichkeit bot, im Kollegium auch umstrittene Probleme zur Sprache zu bringen, wird dies nun sehr eingeschränkt. Auf die Einengung der kardinalizischen Rechte weist der venezianische Botschafter Paolo Paruta hin[83]. Fast zur gleichen Zeit versucht Kardinal Gabriele Paleotti (1522-1597) in seiner 1592 in Rom erschienenen Schrift *De sacri consistori consultationibus*, die Entmachtung der Kardinäle zu kritisieren und die verfassungsrechtliche Position der Kardinäle zu verteidigen[84]. Auch Kardinal Robert Bellarmin (1542-1621) wagt es, dem Papst im Jahre 1600 eine Denkschrift *De officio primario Summi Pontificis* vorzulegen, in der er freimütig den päpstlichen Absolutismus kritisiert[85]. Im Konsistorium kam es seitdem immer wieder zu heftigen Szenen, wenn ein Kardinal – ohne päpstliche Erlaubnis – von sich aus Dinge zur Sprache bringen wollte. Als Beispiel sei auf das Konsistorium am 9. Januar 1589 hingewiesen, in dem Kardinal François de Joyeuse (1562-1615) Sixtus V. widersprechen wollte, daran aber durch den Papst energisch gehindert wurde[86].

Wie sich im späten Mittelalter eine Literaturgattung *De potestate papae* herausgebildet hatte, so wurde das Kardinalat im 15., 16. und 17. Jahrhundert in einer eigenen Gattung von Traktaten *De cardinalatu* behandelt[87]. Diese

[83] *Relazioni degli ambasciatori veneti al Senato*, hrsg. von E. Albèri (serie II 4), Firenze 1857, S. 413-414; vgl. hierzu P. Prodi, *Lo sviluppo dell'assolutismo nello Stato Pontificio (secoli XV-XVI)*, Bd. 1: *La monarchia papale e gli organi centrali di governo*, Bologna 1968, S. 88 f.

[84] Vgl. hierzu P. Prodi, *Il cardinale Gabriele Paleotti (1522-1597)*, Bd. 2 (Uomini e Dottrine, 12), Roma 1967, S. 479-526.

[85] K. Jaitner, *De officio primario Summi Pontificis. Eine Denkschrift Kardinal Bellarmins für Papst Clemens VIII. (Sept./Okt. 1600)*, in E. Gatz (Hrsg.), *Römische Kurie. Kirchliche Finanzen. Vatikanisches Archiv. Studien zu Ehren von Hermann Hoberg* (Miscellanea Historiae Pontificiae, 45), Bd. 1, Roma 1979, S. 377-403.

[86] L. von Pastor, *Geschichte der Päpste*, Bd. 10, Freiburg i.Br. 1926, S. 227 ff.

[87] J. Dendorfer, *Ambivalenzen der Reformdiskussion in Domenico de' Domenichis 'De episcopali dignitate'*, in J. Dendorfer - C. Märtl (Hrsg.), *Nach dem Basler Konzil. Die*

noch wenig erforschte Literaturgattung wurde von den Zeitgenossen sehr beachtet. Ob allerdings die verfassungsmäßige Stellung der Kardinäle im Hinblick auf die Entwicklung des Rechtes der Ständevertretungen oder auf die Bildung von Ministerräten in den weltlichen Staaten Einfluss hat ausüben können, scheint eher zweifelhaft.

b. Fürstenglanz und Familie – die Ständevertretung des Kirchenstaates

Auf der anderen Seite ist nicht zu verkennen, dass sich der Glanz des Renaissance-Papsttums auf die Kardinäle übertrug, die nun mit reichen Einkünften überschüttet wurden. Die starke Durchsetzung des Kollegiums mit Nepoten führte zu einem Übergewicht der Italiener, denen kleinere Gruppen von Franzosen und Spaniern gegenüber standen. Damit wandelte sich auch die Funktion des Kollegiums: Aus einem Kreis, der den *orbis christianus* repräsentieren sollte, wurde nun eine Gruppe von Fürsten, die sich vor allem an Familien- und Finanzinteressen orientierte. Der glanzvolle Hof eines Kardinals, der sich an königlichen Maßstäben auszurichten versuchte, wurde in ganz Europa bewundert. Der kirchliche Einfluss der Kardinäle war demgegenüber gering. Doch blieb den Kardinälen nicht nur das Vorrecht der Papstwahl; auch die Verwaltung des Kirchenstaates lag weitgehend in ihren Händen. Die Wahlkapitulationen des 16. und 17. Jahrhunderts zeigen dies deutlich, wenn sie jeweils die Ansprüche der Kardinäle auf die Ämter im Kirchenstaat festzulegen suchen.

3. *Papsttum*

a. Nepotismus als Substitution eines dynastischen Fürstenstaates

Das Werden des päpstlichen Absolutismus ist ein Phänomen, das in vielerlei Hinsicht mit den absolutistischen Monarchien Europas verglichen werden kann. Der Geist der absoluten Monarchie kommt in den erwähnten Traktaten mit dem Titel *De potestate papae* zum Ausdruck, die seit dem späten Mittelalter in großer Zahl geschrieben und verbreitet worden sind[88]. Diese Schriften, die über die Struktur dieser Herrschafts-

*Neuordnung der Kirche zwischen Konziliarismus und monarchischem Papat (ca. 1450-1475)*, Berlin 2008, S. 165-194, insbesondere S. 173 ff.; DERS., *Zwischen Konzil und Papst. Zur Legitimation des Kardinalats in der Frührenaissance*, Habilitationsschrift München, 2008 (im Druck).

[88] Etwa aus der Feder eines Domenico de'Domenichi, eines Petro de Palude, eines Johannes de Turrecremata. Grundlegend nun J. MIETHKE, *De potestate papae. Die päpst-*

form Auskunft geben, haben sicherlich auf die politische Vorstellungswelt der Staaten eingewirkt.

Anders scheint es sich mit dem Nepotismus der Päpste des 15. und 16. Jahrhunderts zu verhalten, der in den Darstellungen der Papstgeschichte des 19. und 20. Jahrhunderts häufig Anstoß erregt hat. Die moderne Forschung hat das Phänomen weniger unter moralischen, als unter politischen Aspekten betrachtet. Man sieht die Parallele zum dynastischen Fürstenstaat, der auf die Erhaltung der herrschenden Familie angewiesen ist. In der päpstlichen Wahlmonarchie schien es den Päpsten notwendig zu sein, sich mit Verwandten zu umgeben und sie mit Ämtern und Einkünften auszustatten, um auf diese Weise eine päpstliche Herrscherfamilie zu etablieren[89]. Der Nepotismus erscheint somit als erforderlich, um die Herrschaft – wenigstens für einen gewissen Zeitraum – zu sichern, ja er scheint aus damaliger Sicht als moralisch geboten. Wolfgang Reinhard sagt hierzu:

> «Nepotismus und andere Arten rücksichtsloser, unter anderem auf Aneignung von Ressourcen des Gemeinwesens gerichtete Familienpolitik waren daher nicht nur selbstverständlich, sondern geradezu sittliche Pflicht»[90].

### b. Das neue Regierungssystem: ständige Nuntiaturen, Neuordnung der Justizorgane unter hierarchischer Leitung, Neuorganisation der Kurie

Seit der Mitte des 16. Jahrhunderts ist das politische Gewicht des Papsttums im Kreis der europäischen Mächte gesunken. Und doch spielt die Kurie in Rom eine Rolle, wenn es um strukturelle Eigenarten dieses Hofes geht. Zu nennen ist in erster Linie die Einrichtung eines Netzes ständiger Nuntiaturen, u.a. in Venedig, Wien, Paris, Madrid, Brüssel, Köln, Warschau, Luzern, Florenz, Turin, Neapel und Malta[91]. Für die

*liche Amtskompetenz im Widerstreit der politischen Theorie von Thomas von Aquin bis Wilhelm von Ockham* (Spätmittelalter und Reformation, Neue Reihe 16), Tübingen 2000.

[89] P. PRODI, *Introduzione. Papato e cardinalato*, in DERS. (Hrsg.), *Forme storiche di governo nella Chiesa universale* (Quarderni di discipline storiche, 18), Bologna 2003, S. 7-26, insbesondere S. 11.

[90] W. REINHARD, *Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart*, München 1999, S. 134. Vgl. auch DERS., *Nepotismus. Der Funktionswandel einer papstgeschichtlichen Konstanten*, in «Zeitschrift für Kirchengeschichte», 86, 1975, S. 145-185.

[91] K. WALF, *Die Entwicklung des päpstlichen Gesandtschaftswesens in dem Zeitabschnitt zwischen Dekretalenrecht und Wiener Kongress (1159-1815)*, München 1966; P. BLET,

Entwicklung des diplomatischen Austauschs war diese Einrichtung von großer Bedeutung, wenn es auch etwa im Hinblick auf die Gerichtstätigkeit der Nuntiaturen häufig zu Kompetenzkonflikten sowohl mit den bischöflichen wie auch mit den staatlichen Gerichten kam.

Die Neuorganisation der Gerichtshöfe war mit Kompetenzbeschränkungen der altehrwürdigen Sacra Rota Romana verbunden, denn die Kongregationen hatten das Recht erhalten, in ihrem eigenen Geschäftsbereich Recht zu sprechen[92]. Trotz dieses Bedeutungsverlustes blieb die Rota Romana zuständig für alle Zivilsachen der Stadt Rom und des Kirchenstaates. Sie fungierte hier als höchstes Gericht, außerdem als Appellationsinstanz für die vielen anderen lokalen Rote, die sich in den Provinzen des päpstlichen Staates gebildet hatten, nämlich für die Gerichtshöfe von Perugia, von Bologna, von Macerata und von Ferrara. Die Rechtsprechung der Sacra Rota Romana wurde überall an den Gerichtshöfen der europäischen Staaten verfolgt, da sie nach wie vor einen gewissen Vorbildcharakter hatte[93].

Was schließlich die Kurienreform angeht, so kann man sagen, dass die 1588 eingeführte Behördenorganisation allen anderen neuzeitlichen Staaten, ausgenommen vielleicht Spanien, vorangegangen ist. Über die komplizierte Struktur gibt das große, in 15 Folio-Bänden publizierte Werk von Kardinal Giovanni Battista De Luca *Theatrum Veritatis* Auskunft, das in den Jahren 1669-1678 erschienen und mit zwei Index-Bänden in den Jahren 1680 und 1681 abgeschlossen worden ist[94]. Auch wenn ein ganzes Jahrhundert zwischen der Reform Sixtus V. und dem Werk von

*Histoire de la représentation diplomatique du Saint-Siège des origines à l'aube du XIXe siècle* (Collectanea Archivi Vaticani, 9), Città del Vaticano 1982; DERS., Art. *Nonce*, in *Dictionnaire historique de la papauté*, S. 1183-1186; E. GATZ, Art. *Gesandtschaftswesen, Päpstliches*, in *Theologische Realenzyklopädie*, Bd. 12, 1984, S. 540-547.

92 H.-J. BECKER, *Die Sacra Rota Romana in der frühen Neuzeit*, in L. AUER u.a. (Hrsg.), *Höchstgerichte in Europa. Bausteine frühneuzeitlicher Rechtsordnungen* (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, 53), Köln 2007, S. 1-18, insbesondere S. 11 ff.

93 G. DOLEZALEK, *Litigation at the Rota Romana, Particularly around 1700*, in A. WIJFFELS (Hrsg.), *Case Law in the Making. The Techniques and Methods of Judicial Records and Law Reports* (Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, 17), Berlin 1997, Bd. 1 (*Essays*), S. 39-373; DERS., *Records of a Case and Respective Decisiones Rotae: Salisburgensis seu Chiemensis Testimonialium, coram Scotto (1701-1705)*, Bd. 2 (*Documents*), S. 457-485.

94 H.-J. BECKER, *Kardinal Giovanni Battista de Luca (1614-1683) und die Sacra Rota Romana*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung», 95, 2009, S. 313-340, insbesondere S. 329 ff.

De Luca liegt: Nirgendwo konnte man damals und kann man heute genauere Auskunft über die römische Kurie der Neuzeit erhalten als in diesem Werk, insbesondere in der Abhandlung *Relatio Romanae Curiae forensis, ejusque tribunalium et congregationum*[95].

## IV. Schluss

Ziel dieses Beitrags war es, den Kampf um die höchste Gewalt in der Kirche des 15. und 16. Jahrhunderts und die darin verwickelten Institutionen Papst, Konzil und Kardinäle auf Merkmale zu untersuchen, die Rückschlüsse auf die Etablierung eines Öffentlichen Rechts ermöglichen. Dabei waren auch die Wechselwirkungen von Kirche und weltlichen Staaten in den Blick zu nehmen. Wichtig ist, worauf abschließend noch einmal hinwiesen werden soll, die Grenzen der Vergleichbarkeit zu beachten: Der Pontifex der römischen Kirche stellt zum einen, wie Paolo Prodi formulierte, «un corpo e due anime» dar, da man stets die Unterscheidung von *ecclesia universalis* und Kirchenstaat beachten muss[96]. Zum anderen unterscheidet sich die Kirche als *ecclesia universalis*, die nach ihrem Selbstverständnis eine göttliche Stiftung ist, qualitativ von weltlichen Gemeinschaften. Auf dem Konzil von Basel hat dies jemand 1432 so ausgedrückt:

> «Unitas ecclesiae multo maior et perfectior est quam unitas regis aut imperatoris terreni ... nec comparandum est corpus ecclesiae aliis politicis corporibus civitatum et universitatum ... quia in medio huius corporis Christus, qui ipsum regit, ne erret»[97].

Und doch wird die verfassungsgeschichtliche Forschung trotz dieser Warnung gut daran tun, den Blick vergleichend zwischen den kirchlichen und den weltlichen Verfassungsstrukturen hin und her gehen zu lassen.

[95] Giovanni Battista de Luca, *Theatrum veritatis et justitiae*, Bd. XV, Pars secunda: *Relatio curiae Romanae circa forensia*, Venezia 1726. (Das Werk, das 1673 abgeschlossen werden konnte, ist in sehr vielen Auflagen erschienen.)

[96] P. Prodi, *Il sovrano pontefice. Un corpo e due anime: la monarchia papale nella prima età moderna* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Monografie, 3), Bologna 1982, ND (ergänzt um eine *Postfazione* S. 417-439) Bologna 2006.

[97] Zitiert nach J. Helmrath, *Das Basler Konzil*, S. 487.

*Résumé*

Papa - Concilio - Collegio cardinalizio. La lotta per il potere supremo nella Chiesa nei secoli XV e XVI

La nascita degli stati moderni nell'Europa tardomedievale trova un parallelo nella riorganizzazione della costituzione della Chiesa che s'impose dopo la crisi del XIV secolo e in particolare dopo il grande scisma d'Occidente. La crisi fu fronteggiata in parte dal Concilio di Costanza, che depose i tre papi contendenti e, con l'elezione di Martino V, concluse la riforma del vertice della Chiesa (*reformatio capitis*). Molti altri problemi strutturali restavano peraltro irrisolti e fu compito dei successivi Concili di Pavia-Siena e di Basilea perseguire l'obiettivo di una riforma ecclesiastica radicale. Il movimento conciliare tuttavia naufragò. Le cause sono da rinvenirsi da un lato nella trasformazione del papato in una forte monarchia, dall'altro lato nella riduzione dello spazio d'azione dei sostenitori dell'idea conciliare attraverso trattative e concordati del pontefice con varie nazioni e principi europei. In questo modo venne sviluppandosi una sorta di sistema «Chiesa-Stato».

In quest'evoluzione ebbe un ruolo non irrilevante il collegio cardinalizio, spesso indicato come senato pontificio (*senatus papae*). All'inizio esso agì come una terza forza tra papa e concilio, ma con il rafforzamento della curia papale nella seconda metà del XV secolo si verificò un cambiamento: se inizialmente ai cardinali era riconosciuta la funzione di «consiglieri senatorii» del pontefice, l'importanza di costoro diminuì in seguito progressivamente. I cardinali continuarono comunque a tentare di influire sulle linee guida della politica pontificia, nell'esercizio del loro diritto di elezione del papa, con la stipulazione in conclave di capitolazioni elettorali (*pacta iurata*).

Il presente contributo esamina quest'evoluzione e dimostra come la costituzione della Chiesa si sia poi ulteriormente sviluppata in senso autocratico. L'insediamento di congregazioni cardinalizie con il ruolo di organi amministrativi e in particolare la radicale riforma della curia di papa Sisto V nel 1588 mutarono lo *status* del cardinale da consigliere senatorio nel concistoro a funzionario dirigente della curia pontificia. In questo modo si aprì la via alla trasformazione del papato in una monarchia assoluta. Varie soluzioni amministrative e costituzionali coniate su quelle peculiari dello Stato assoluto mostrano dei parallelismi che sollecitano ad un confronto tra le strutture della Chiesa, in particolare dello Stato della Chiesa, e le strutture delle monarchie secolari.

*Traduzione di Lucia Bianchin*

# Foro della coscienza e foro esterno nel pensiero giuridico della prima età moderna

di *Giovanni Minnucci*

## 1. *Premessa*

Nel suo importante volume dal titolo *Una storia della giustizia*[1] Paolo Prodi sottolinea come sia assolutamente necessario prestare maggiore attenzione, da parte degli storici del diritto e delle istituzioni, a uno dei nodi storiografici che sarebbero alla base della nascita dello Stato moderno: la concorrenza tra foro ecclesiastico e foro civile e tra foro della coscienza e foro esterno. Cercherò, pertanto, di dare una prima risposta, ancorché molto parziale, a questo auspicio, sottolineando come, per la complessità dell'argomento, al quale dovrebbero esser dedicati ben più ampi studi, occorrerebbe indagare sicuramente molto più a fondo di quanto potrò fare in questa sede.

[1] «La classica discussione sui rapporti tra le varie specie di diritto, che aveva occupato tutto il secolo XII e gran parte del XIV (diritto naturale e divino, diritto umano, canonico e civile) si sviluppa in questa nuova situazione storica, nel XV secolo, in un dibattito sulla obbligatorietà o non obbligatorietà in coscienza delle leggi e degli statuti, sia ecclesiastici che civili: chi compie una violazione alla legge positiva corre soltanto il rischio delle pene comminate dalla stessa legge o incorre nella pena del peccato mortale? Qui sembra in gioco una partita per la costruzione dello Stato moderno ... È nella parte più avanzata politicamente ed economicamente dell'Italia e forse dell'intera Europa che si pone per la prima volta, a mia conoscenza, questo problema: sono politici e giuristi, consiglieri del duca di Milano che chiedono a Giovanni da Capestrano, come egli dice nel proemio del suo *Speculum conscientiae*, composto nel 1441: se uno aderisce a Dio e alla propria coscienza può considerarsi innocente rispetto ad una disobbedienza al diritto umano? Mi sembra che l'accento posto sino ad ora dagli storici del diritto e delle istituzioni sulla concorrenza tra il foro ecclesiastico e civile in quest'epoca abbia penalizzato la nostra comprensione di questi fenomeni nascosti ma non meno importanti anche da un punto di vista politico. La legge umana può dunque obbligare in coscienza sotto pena di peccato mortale?»; P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna 2000, pp. 192-193; si veda, inoltre, *ibidem*, pp. 176-177.

Come è stato affermato[2], alla scienza giuridica dello *ius publicum europaeum* deve essere rivendicato il «silete theologi in munere alieno» di Alberico Gentili[3]: si sarebbe così ottenuta la separazione della scienza del diritto dalla teologia, e la creazione dello Stato moderno come luogo di neutralizzazione del conflitto religioso che, per lungo tempo, aveva sconvolto l'Europa. L'apostrofe di Gentili, spesse volte riutilizzata e commentata da parte di alcuni studiosi delle più diverse vocazioni, mi ha indotto a studiare il pensiero gentiliano sul rapporto tra diritto civile, diritto canonico e teologia e, ancorché sommariamente, le opinioni di quei giuristi e teologi suoi predecessori, ai quali il Gentili fa spesso riferimento, anche per ampliare l'oggetto della sua indagine ai rapporti tra foro della coscienza e foro esterno; temi e problemi che l'intellettuale di San Ginesio affronta, in maniera più approfondita e compiuta nel I Libro dei *Disputationum de nuptiis libri VII*[4], un'opera apparsa nel 1601, e quindi successiva di tre anni alla pubblicazione del *De iure belli,* testo, quest'ultimo, che conserva l'apostrofe gentiliana poc'anzi ricordata e che, come è stato recentemente sottolineato[5], «può essere annoverata fra i testimoni» del processo di emancipazione del diritto dalla teologia, ma «pur sempre in relazione a un sistema delle fonti in cui teologia e diritto si trovavano a concorrere, non semplicemente a coordinarsi e a compenetrarsi, né tantomeno unicamente a confliggere, ma appunto a configurare quella 'lunga simbiosi' che è stata indicata come componente essenziale del razionalismo occidentale e come matrice stessa del diritto pubblico europeo ...».

[2] C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Köln 1950 (trad. it. di E. CASTRUCCI, *Il Nomos della terra nel diritto internazionale dello «jus publicum europaeum»*, F. VOLPI [ed], Milano 1991).

[3] A. GENTILIS *De iure belli libri III*, Hanoviae 1598 (= A. GENTILI, *Il diritto di guerra*), Milano 2008, I.12, p. 83, dove l'apostrofe è stata tradotta con «Tacete teologi: questo non è il vostro campo!». Su Alberico Gentili si vedano, da ultimo, i numerosi contributi apparsi in L. LACCHÈ (ed), *«Ius Gentium Ius Communicationis Ius Belli». Alberico Gentili e gli orizzonti della modernità*, Atti del convegno, Milano 2009.

[4] A. GENTILIS *Disputationum de nuptiis libri VII*, Hanoviae 1601.

[5] D. QUAGLIONI, *Introduzione*, in A. GENTILI, *Il diritto di guerra*, cit., p. XXXIII.

## 2. «*Crimen homicidii*» e «*crimen furti*»: *giuristi e Padri della Chiesa a confronto nel I Libro del «De nuptiis» di Alberico Gentili*

Testo di ampio respiro, nel quale si esaminano i numerosi profili che un completo svolgimento del tema richiede, organizzato, ma solo da un punto di vista esteriore, in maniera sistematica, con una suddivisione per materie del tutto indipendente dalla scansione dei *libri legales*, il *De nuptiis* costituisce il punto di arrivo della riflessione gentiliana[6] su un argomento particolarmente scottante per l'epoca nella quale vide la luce in ragione del dibattito, ancora in corso, fra le varie componenti della Chiesa inglese circa l'indissolubilità del matrimonio[7].

Tuttavia, alcune importanti novità emergono dalla lettura del libro I (intitolato *qui est «De interprete»*), sia sotto il profilo del metodo, sia sotto quello più immediatamente pertinente al nostro assunto: il ruolo del giurista nella definizione del rapporto tra diritto civile, diritto canonico e teologia, nonché di quello ancor più complesso tra foro della coscienza e foro esterno.

Un argomento sul quale si erano lungamente confrontate le speculazioni giuridiche e teologiche era sicuramente rappresentato dal reato di omicidio:

[6] Prima di scrivere il *De nuptiis*, infatti, Alberico Gentili si era occupato di tematiche connesse con la materia matrimoniale redigendo il *Commentario «Ad legem juliam de adulteriis»*. Per quest'opera e per le connessioni testuali con il *De nuptiis* cfr. G. MINNUCCI, *Alberico Gentili tra mos italicus e mos gallicus. L'inedito Commentario Ad legem Juliam de adulteriis* (Archivio per la storia del diritto medioevale e moderno; Studi e Testi, 6), Bologna 2002, pp. 132-146; si veda, inoltre, dello stesso autore, *La nuova metodologia di Alberico Gentili nel I Libro del De Nuptiis (1601)*, in F. LIOTTA (ed), *Studi di Storia del diritto medioevale e moderno*, 2, Bologna 2007, pp. 210-235, e in *Alberico Gentili. L'uso della forza nel diritto internazionale*, Atti del convegno, Milano 2006, pp. 399-431, e, dello stesso autore, *Diritto canonico, diritto civile e teologia nel I libro del De nuptiis di Alberico Gentili*, in U.-R. BLUMENTHAL - K. PENNINGTON - A.A. LARSON (edd), *Proceedings of the Twelfth International Congress of Medieval Canon Law*, Washington D.C. (Monumenta Iuris Canonici, Series C: Subsidia, 13), Città del Vaticano 2008, pp. 423-445, nonché, sempre dello stesso autor, *Alberico Gentili tra diritto e teologia*, in A.C. AMATO MANGIAMELI - M.R. DI SIMONE (edd), *Diritto e religione tra passato e futuro*, Atti del convegno, Roma 2010, pp. 95-126, di cui si approfondiscono, in questa sede, alcuni risultati.

[7] Che l'argomento fosse oggetto di ampie discussioni lo dimostra la posizione espressa dal Gentili che, pur essendosi mostrato favorevole, in una prima fase, all'irrogazione della pena di morte per le adultere (cfr. A. GENTILIS *Ad titulum Codicis Ad legem Juliam de adulteriis Commentarius*, in G. MINNUCCI, *Alberico Gentili tra mos italicus e mos gallicus*, cit., p. 194) scrivendo il *De nuptiis* finirà per privilegiare la separazione coniugale riconoscendo al marito il diritto di contrarre un nuovo matrimonio; cfr. *ibidem*, pp. 144-145.

come giustificare, dunque, il divieto perentorio contenuto nelle Tavole della Legge con la dichiarata liceità, in alcuni casi, da parte delle fonti normative civilistiche, dell'uccisione del proprio simile?[8].

E qui il Gentili si addentra in una serie di considerazioni facendo particolare riferimento ad alcuni passi del Decreto e della patristica sui quali poteva fondarsi la posizione che escludeva, per alcune fattispecie, l'applicabilità del diritto secolare. Papa Niccolò I aveva condannato la *lex mundana* che consentiva l'uccisione dell'adultera da parte del marito (C. XXXIII q. 2 c. 6); Agostino e Ambrogio, avevano contraddetto la legislazione laica che consentiva l'uccisione dello stupratore da parte della vittima prima che il reato venisse commesso e quella del *latro* armato, mentre avevano ritenuto lecito l'omicidio allorquando fosse la conseguenza di un'azione determinata dall'*auctoritas principis* (come nel caso del *miles*

[8] Come ritenere lecita, ad esempio, l'uccisione dei rei di adulterio e di furto, così come risulta previsto nelle norme del *Corpus iuris civilis*? Non sono questi eventi che, al contrario, proprio per il fatto di costituire peccato grave, dovrebbero essere regolati esclusivamente dalla legge divina e da quella canonica, rendendo pertanto assolutamente inapplicabili le leggi civili in materia?; A. GENTILIS *Disputationum de nuptiis libri VII*, cit., p. 5: «Et igitur, quod ubi tractatur de peccato, standum sit iuri canonico in utroque foro. Et sic igitur reiiciendum videtur ius civile: quaerendum aut canonicum, aut aliud. Ius civile admittit caedesque adulterorum, item latronum. Quae et cum peccato sunt, et a pontificibus, et theologis condemnantur ...». Alberico allega *in marg.*: *c. 6. 33. q. 2* (C. XXXIII q. II c. 6: «Inter hec uestra sanctitas addere studuit, si cuius uxor adulterium perpetrauerit, utrum marito illius liceat secundum mundanam legem eam interficere. Sed sancta Dei ecclesia numquam mundanis constringitur legibus; gladium non habet, nisi spiritualem; non occidit, sed uiuificat»); *Aug. ep. 154* (AURELII AUGUSTINI HIPPONENSIS EPISCOPI *Opera omnia*, in PL XXXIII, 1865, Epist. 47 [*alias* 154], col. 186: «De occidendis hominibus ne ab eis quisque occidatur, non mihi placet consilium; nisi forte sit miles, aut publica functione teneatur, ut non pro se hoc faciat, sed pro aliis, vel pro civitate, ubi etiam ipse est, accepta legitima potestate, si ejus congruit personae»); *et lib. i. de lib. ar.* (AURELII AUGUSTINI HIPPONENSIS EPISCOPI *De libero arbitrio*, in *Corpus Christianorum Series Latina*, XXIX, Turnhout 1970, p. 217 nu. 33: «Non ergo lex iusta est, quae dat potestatem uel uiatori, ut latronem, ne ab eo ipse occidatur, occidat, uel cuipiam uiro aut feminae, ut uiolenter sibi stupratorem irruentem ante inlatum stuprum, si possit, interimat. Nam militi etiam iubetur lege, ut hostem necet, a qua caede si temperauerit, ab imperatore poenas luit. Num istas leges iniustas uel potius nulla dicere audebimus?); *Ambr. 3. de off. 4.* (S. AMBROSII MEDIOLANENSIS *De officiis* [III. IV. 24-28], in *Corpus Chistianorum Series Latina*, XV, Turnhout 2000, pp. 161-163: «27. ...utpote qui, etiam si latronem armatum incidat, ferientem referire non possit ne dum salutem defendit, pietatem contaminet. De quo in Euangelii libris [Mt 26,52] aperta et euidens sententia est: *Reconde gladium tuum: omnis enim qui gladio percusserit gladio ferietur.* Qui latro detestabilior quam persecutor qui uenerat ut Christum occideret? Sed noluit se Christus persecutorem defendi uulnere qui uoluit suo uulnere omnes sanare»).

o nell'esercizio di una pubblica funzione)[9]; tutto ciò appare, ad Alberico, fortemente discutibile[10]:

«Quod autem, praeter haec, patri item et marito datum ius occidendi adulterum, et adulteram, reprehendat ad ius civile Nicolaus Papa: et Ambrosius, et Augustinus non patiantur, ut quis latronem occidat in se irruentem. Ego harum reprehensionem rationem non video. Siquidem omnis iuris defensio est, etiam cum offensione volentis offendere. Atque si auctoritas principis (quod ex ipsoque Augustino alibi ostendi) iubentis, militare et pugnare, a peccato excusat: auctoritas maior iuris gentium non excusabit defensionem istam? Ratio naturalis potentior est omni edicto principis».

Se da un lato, infatti, la posizione dei Padri è sorretta dal comportamento di Cristo che, come narra il passo del Vangelo di Matteo (Mt. 26,52), in occasione del suo arresto invitò Pietro a rinfoderare la spada, dall'altro non si può negare che, nelle fattispecie considerate (il tentativo di stupro violento[11] o quello di rapina a mano armata), la reazione della vittima deve esser considerata una vera e propria azione di legittima difesa («Siquidem omnis iuris defensio est, etiam cum offensione volentis offendere») il che, evidentemente, non solo solleva il soggetto da ogni imputazione di peccato, ma conferma la validità della legislazione laica in relazione alla fattispecie considerata. Inoltre, se si riflette sulla posizione agostiniana che, sulla base dell'*auctoritas principis,* scusa dal peccato di omicidio coloro che lo hanno commesso perché belligeranti o nell'esercizio di una funzione pubblica, tanto più si dovrebbe essere assolti dal peccato qualora, come nei casi di tentativo di stupro violento e di rapina a mano armata, si eserciti il diritto naturale di difendere la propria vita da una minaccia imminente e concreta? («Atque si auctoritas principis, quod ex ipsoque Augustino alibi ostendi, iubentis, militare et pugnare, a peccato excusat: auctoritas maior iuris gentium non excusabit defensionem istam?»). La conclusione di Alberico è recisa: «Ratio naturalis potentior est omni edicto principis»[12].

[9] Per la lettura dei passi di papa Niccolò I (C. XXXIII q. II c. 6), di Agostino ed Ambrogio cfr. *supra*, nota 8.

[10] A. GENTILIS *Disputationum de nuptiis libri VII*, cit., p. 8.

[11] La specificazione, da parte di Agostino, dell'elemento della violenza è particolarmente significativa («uiolenter sibi stupratorem irruentem») perché lo *stuprum*, di per sé, alla luce delle fonti, è la relazione carnale volontaria con una *virgo*, una *vidua*, un *puer* (sul punto cfr. la letteratura citata dal Gentili in un'altra sua opera: A. GENTILIS *Ad titulum Codicis Ad legem Juliam de adulteriis Commentarius*, cit., pp. 31-36, 177; si veda, inoltre, G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium stuprum*, Lecce 1997, pp. 171-267).

[12] Un'affermazione così recisa risolve il dubbio sollevato dal Wijffels circa la prevalenza del diritto naturale rispetto alla legislazione del principe nel pensiero gentiliano; cfr. A. WIJFFELS, *Le disputazioni di Alberico Gentili sul diritto pubblico*, in *Alberico Gentili. La*

È il diritto naturale, quindi, inteso come complesso di regole di giustizia e di valori etico-sociali universali, fondati sulla natura razionale dell'uomo, che prevale sull'*auctoritas principis*, mettendo così in discussione il principio di autorità; è il diritto naturale, definito da Alberico come *ius gentium* – con un evidente rinvio[13], ancorché non esplicito, alla definizione gaiana di *Dig.* 1.1.9 («... quod vero *naturalis ratio* inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque *ius gentium*, quasi quo iure omnes gentes utuntur») – che regola i comportamenti degli uomini, affrancandolo altresì dalle elaborazioni teologiche, idee che, com'è noto, caratterizzeranno il XVII secolo, soprattutto in quella parte dell'Europa che aveva ormai perduto l'unità politico-religiosa[14]: un mondo del quale, per le sue vicende di intellettuale esule per motivi di religione, Alberico Gentili faceva pienamente parte. Un ulteriore approfondimento delle relazioni fra il diritto naturale alla legittima difesa e l'esegesi della patristica alle fonti vetero-testamentarie, compie Alberico soffermandosi su un passo agostiniano che commenta la legge mosaica[15]:

«Sed an neque Moysis lex immunes a peccato faciebat eos, qui furem occidissent nocturnum? Occidere sic licebat per eam legem: tantum quia tum temporis nocturni distinguere quis non posset, an contra vitam suam fur venisset. Vt ipse itidem explicat Augustinus. Et manifestum sicarium occidere non licet? Nescio, quid magno theologo Augustino, et quid peritoque iuris Ambrosio venerit in mentem. Sane alii theologi eis non assentiuntur, et cedem istam adiungunt bellicae»[16].

*salvaguardia dei beni culturali nel diritto internazionale*, Atti del convegno, Milano 2008, p. 250: «Benché uno dei meriti delle disputazioni di Gentili fosse quello di elaborare un'argomentazione giuridica coerente del Re assolutista come 'Dio in terra', un sovrano che, proprio per l'essenza della sua posizione, non avrebbe potuto essere soggetto ad alcun diritto o giustizia umani, né quindi alla 'rule of law' [tranne che alla legge divina e forse al diritto naturale], sarebbe stato futile confutare le eventuali limitazioni dei poteri del sovrano o giustificarne i poteri illimitati attraverso argomenti giuridici».

[13] Si noti che Alberico utilizza le espressioni *ius gentium* e *ratio naturalis* che sono proprie del frammento di Gaio (*Dig.* 1.1.9): «Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur».

[14] Sul punto cfr., da ultimo, I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna* (Il Diritto nella storia, 9), Torino 2002, pp. 159-164.

[15] A. GENTILIS *Disputationum de nuptiis libri VII*, cit., pp. 8-9.

[16] *Ibidem*, *in marg.*: *Leu. 19* (*rectius: Exo.* 22), *Aug. Exo. q. 84.* S. AURELII AUGUSTINI *Quaestionum in Heptateuchum libri septem* in *Corpus Christianorum, Series Latina* (ad II.84),

Il problema, per alcuni aspetti assai simile a quelli sin qui esaminati, è relativo alla reazione violenta da parte del soggetto passivo del reato di furto, e alla sua imputabilità. Il passo del libro dell'Esodo distingueva, infatti, il furto diurno da quello notturno e scusava la vittima di quest'ultimo se, nel tentativo di difendere i suoi beni, avesse causato la morte del ladro. Il passo della Scrittura necessitava però di essere interpretato, e il vescovo di Ippona aveva individuato la *ratio* della norma mosaica nella difficoltà, da parte del soggetto passivo del *crimen furti*, di poter determinare, a causa del buio della notte, quali fossero le reali intenzioni dell'estraneo e, soprattutto, di comprendere se lo stesso fosse armato. Tutto ciò, secondo Alberico, era in evidente contrasto con quanto era stato affermato in precedenza dallo stesso Agostino il quale, come si ricorderà, aveva definito *iniusta* la legislazione laica che consentiva l'uccisione, per legittima difesa, del rapinatore («Non ergo lex iusta est, quae dat potestatem uel uiatori, ut latronem, ne ab eo ipse occidatur, occidat ...»)[17]. Secondo il giurista di San Ginesio, quindi, così come doveva essere scusata la reazione della vittima del reato di furto che, a causa della notte, aveva avuto una reazione probabilmente sproporzionata, tanto più doveva esser sollevato dall'imputazione del peccato di omicidio colui il quale avesse reagito a un tentativo a mano armata compiuto alla luce del giorno («Et manifestum sicarium occidere non licet? Nescio, quid magno theologo Augustino, et quid peritoque iuris Ambrosio venerit in mentem»): un ulteriore evidente allontanamento, da parte del giurista di San Ginesio, da una concezione del diritto naturale fondata prevalentemente sulla Scrittura e sul pensiero dei Padri, e una contestuale dimostrazione che, in più occasioni, la determinazione dei comportamenti umani non poteva essere lasciata all'elaborazione, ancorché autorevolissima, dei maggiori teologi, ma che abbisognava del contributo decisivo della riflessione dei giuristi.

XXXIII, Turnhout 1958, p. 112: «Intelligitur ergo tunc non pertinere ad homicidium, si fur nocturnus occiditur: si autem diurnus, pertinere; hoc est enim quod ait, 'si orietur sol super eum'. Poterat quippe discerni quod ad furandum, non ad occidendum venisset, et ideo non deberet occidi. Hoc est in legibus antiquis saecularibus, quibus tamen ista est antiquior, invenitur impune occidi nocturnum furem quoque modo, diurnum autem si se telo defenderit: iam enim plus est quam fur».

[17] Cfr. *supra*, nota 8.

### 3. *Il ruolo del diritto canonico: la «Disputatio 'gentiliana' De libris iuris canonici»*

Prima ancora di proseguire nell'illustrazione del pensiero gentiliano su questi temi, occorre fermare brevemente l'attenzione su quale fosse il rapporto fra diritto civile e diritto canonico ma, soprattutto, su quale fosse, nell'ottica di Alberico, il ruolo che il giurista doveva attribuire al diritto della Chiesa. Alcuni passaggi del *De nuptiis* – un'opera che, a causa delle idee che vi sono espresse, verrà messa all'*Indice* due anni dopo la sua pubblicazione[18] – sembrano testimoniare, infatti, un Gentili duramente schierato contro il diritto canonico. Oltre alla riproposizione dell'invettiva luterana («Flammis, flammis libros spurcissimos barbarorum ... ut Lutherus magnus facere docuit ...»[19]) vi sono elaborati concetti che certamente non potevano essere graditi alla Chiesa di Roma. È sembrato necessario, pertanto, soffermarsi anche sulla *Disputatio de libris iuris canonici* del 1605[20], al fine di verificare non solo per quale motivo Alberico abbia deciso di dedicare una sua opera a quei libri che, solo quattro anni prima, avrebbe visto volentieri dati alle fiamme, ma anche per comprendere quale fosse, da un punto di vista sostanziale, la sua posizione di giurista in relazione a testi che, in ogni caso, avevano costituito e continuavano a costituire nell'Europa continentale e in Inghilterra un patrimonio di cultura giuridica di grande valore.

Contrariamente a quanto si sarebbe propensi a credere sulla base delle affermazioni contenute nel I Libro del *De nuptiis* sopra riprodotte, Alberico

[18] Cfr. *Index librorum prohibitorum SS. Domini nostri Gregorii XVI Pontificis Maximi*, Romae 1841, p. 196: «Gentilis, Albericus, Disputationum de nuptiis libri VII, Dec. 7 aug. 1603; – et caetera ejusdem opera omia, dec. 7 aug. 1603».

[19] Ecco il testo integrale posto a chiusura del I libro delle *Disputationes de nuptiis*: «... Flammis, flammis libros spurcissimos barbarorum, non solum impiissimos Antichristi. Flammis omnes, flammis: ut Lutherus magnus facere docuit bonos omnes, ipse in medio foro flammis delens eos omnes libros; non (quod in Gallia cum Sexto solum fuit) partem abolens solam. Verum, et posito hoc iustissimo, et fortissimo affectu, videamus iam, etiam et examinemus quaestiones matrimoniales ad ius istud quoque: quod magna ex parte scriptum est ad Anglos meos: et in his quaestionibus hic plurimum obtinet iussu iustiori principis, non veluti profectum a papa. Sane in spurcissimis vasculis edulia non meliora comperiemus; quae iussu item iustioris principis sint abiicienda. Vt sic obtinet ius istud in caussis hic, si legi Dei, et naturae aduersarium non deprehenditur»; A. GENTILIS *Disputationum de nuptiis libri VII*, cit., pp. 112-113.

[20] Sulla quale si veda G. MINNUCCI, *Alberico Gentili: un protestante alle prese con il Corpus Iuris Canonici*, in «Ius Ecclesiae», 19, 2007, 2, pp. 347-368 e in *Alberico Gentili. La salvaguardia dei beni culturali*, cit., pp. 185-211.

Gentili attribuisce, innanzitutto, un ruolo molto rilevante al *Decretum*[21] il che, se non altro, sembra rispondere almeno in parte all'atteggiamento complessivo assunto da Lutero in relazione alla *Concordia* grazianea[22]: un atteggiamento che, del resto, il giurista di San Ginesio aveva già manifestato in un altro passaggio della stessa opera dedicato all'*auctoritas theologorum*: «... Et quod non est ius canonicum in Decreto; ubi multa sunt Patrum: sed in decretalibus; ubi vix quidquam illorum est ...»[23]. Malgrado quest'ultima locuzione, un ruolo altrettanto importante Alberico lo attribuisce alle collezioni successive alle quali dedica amplissime riflessioni: su di esse metterà conto soffermarsi brevemente più avanti.

La veemente apostrofe lanciata nel *De nuptiis* (*Flammis, flammis* ...) contro il diritto canonico non dev'essere intesa, quindi, come una negazione del valore dei suoi testi normativi o, ancor peggio, di un tentativo di escluderli dal novero delle fonti del diritto. Se da un lato, infatti, l'attacco può esser giustificato da una presa di posizione ideologica duramente antipapale, nel senso che, essendo l'opera gentiliana dedicata alla materia matrimoniale, si vuole negare alla Chiesa di Roma l'esclusiva competenza a regolare quell'istituto, dall'altro il Gentili non può ignorare che il *Decretum* costituisce, pur sempre, un deposito di sapienza secolare, al quale, comunque, occorre continuare a far riferimento. Quel testo, così come le decretali successive che, pur essendo testimoni della *potestas* pontificia, sono talvolta fondate su principii di diritto divino e naturale e, talaltra, recepite ad opera dei *principes* all'interno degli Stati territoriali, non possono non far parte del necessario corredo del giurista[24]. A tutto ciò si deve aggiungere

[21] Cfr. *ibidem*, § 3.

[22] A. PINCHERLE, *Graziano e Lutero*, in *Studia Gratiana*, III, Bologna 1955, p. 481.

[23] A. GENTILIS *Disputationum de nuptiis libri VII*, cit., p. 94, *sub tit.* «De auctoritate theologorum»: un passo dal quale sembra desumersi che l'attacco era riservato soprattutto alle decretali pontificie. Tutto ciò risulta confermato, fra l'altro, dalla lettura di un altro passaggio del *De nuptiis*: «Sed hoc ius brutumque, et barbarum sane est. Natum in tenebris saeculorum spississimis: productum a monacho tenebrione, Cathalano illo fratre Raymundo: laudatum a pontifice illo, et latum, qui, horum studiorum amantes, pacis, et iustitiae, Italiam scindit in Guelfos, et Gibellinos. Fautores pontifices suorum Guelforum in iure isto constituendo ostendit vetus eius, et novus interpres. Et is ostendit eosdem fuscos, et cynicos legislatores: simulatores malos, et blanditores pessimos vincit: imperitiam curiae Romanae aperit»; A. GENTILIS *Disputationum de nuptiis libri VII*, cit., pp. 109-110.

[24] «... Verum, et posito hoc iustissimo, et fortissimo affectu, videamus iam, etiam et examinemus quaestiones matrimoniales ad ius istud quoque»; A. GENTILIS *Disputationum de nuptiis libri VII*, cit., p. 112.

il fatto che, ad esempio, nella Chiesa anglicana il diritto canonico non è mai stato formalmente abolito continuando a costituire il nucleo del diritto sostanziale integrato dalle sentenze dei tribunali ecclesiastici[25]. Si spiega, quindi, indipendentemente dalle espressioni non propriamente eleganti utilizzate dal giurista di San Ginesio (il che fa parte della sua espressione stilistica, talvolta piuttosto forte e perentoria)[26], la necessità che la legislazione canonica debba essere fatta oggetto di studio. Da giurista Alberico si accinge, quindi, a illustrare quel *corpus* normativo, tralasciando la sua appartenenza religiosa che, pur non essendo ascrivibile con precisione, ad alcuna delle Chiese riformate[27], doveva essere certamente intesa come avversa alla Chiesa di Roma.

[25] R.H. HELMHOLZ, *Canon Law in Post-reformation in England*, in R.H. HELMHOLZ (ed), *Canon Law in Protestant Lands* (Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, 11), Berlin 1992, pp. 203-221, e, dello stesso autore, *Roman Canon Law in Reformation England*, Cambridge 1990; C. FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, Bologna 2003, p. 146; P. PRODI, *Una storia della giustizia*, cit., p. 245.

[26] Si pensi, ad esempio, al *Silete theologi in munere alieno!* che non può essere inteso «come un'aprioristica ingiunzione ai teologi di non occuparsi dell'uomo e delle sue azioni, ma come un'espressione che tenta di definirne il ruolo comparandolo con quello dei giuristi i quali, peraltro, non possono ignorare quanto, da secoli, la teologia ha apportato alla storia della civiltà»; sul punto cfr. *infra*, p. 80. Si veda, inoltre, ad altro titolo, l'espressione utilizzata, ad esempio, nei confronti di s. Agostino e s. Ambrogio («Nescio, quid magno theologo Augustino, et quid peritoque iuris Ambrosio venerit in mentem»; cfr. A. GENTILIS *Disputationum de nuptiis libri VII*, cit., pp. 8-9 e *supra*, p. 62) o in relazione ad alcune affermazioni di san Girolamo «At non permittitur, Hieronyme, non permittitur ...!»; cfr. A. GENTILIS *Ad titulum Codicis Ad legem juliam de adulteriis Commentarius*, cit., p. 179, *ad l. i.* (*ad Cod.* 9.9.1).

[27] Queste sue posizioni, piuttosto libere, avevano indotto il De Giorgi a svalutare l'opera del Gentili, attribuendogli «poco zelo, per le ipotesi protestanti» e «lo sfoggio, a così dire, di cristianesimo», affermando che «l'apostasia così solenne ... non bastò a torgli dall'animo del tutto i ricordi delle dottrine cattoliche»; G. ASTUTI, *Mos italicus e mos gallicus nei dialoghi «De iuris interpretibus» di Alberico Gentili* (Biblioteca della «Rivista di storia del diritto italiano», 16), Bologna 1937, p. 9, e in «Rivista di Storia del diritto italiano», 10, 1937, p. 153. Almeno nel campo delle dottrine teologiche, che le idee di Alberico fossero difficilmente riconducibili a schemi precostituiti, e comunque solo parzialmente aderenti alle teorie elaborate da uno piuttosto che da un altro dei maggiori pensatori del XVI secolo, lo aveva già rilevato Oscar Scalvanti, il quale aveva sottolineato come il giurista di San Ginesio doveva essere considerato «un libero interprete della fede»; Alberico, infatti, non avrebbe potuto ripetere di sé stesso quanto aveva affermato nel libro III, cap. XIV del *De jure belli*: «immobilis ut lapis singularis, ut polus in caelo»; cfr. O. SCALVANTI, *L'esame di laurea di Alberico Gentile nell'Ateneo di Perugia (anno 1572)*, in «Annali dell'Università di Perugia, Pubblicazione periodica della Facoltà di Giurisprudenza», NS, VIII, 1898, pp. 41-43, con brevi notizie sulla posizione di Alberico, circa le idee di Calvino, Lutero, Erasmo e Bruno. Per un quadro d'insieme sui riformatori italiani e la cultura umanistica si veda J. TEDESCHI, *Italian Reformers and the Diffusion of Renaissance Culture*, in «Six-

Questo approccio appare immediatamente evidente dal prosieguo della lettura della *Disputatio de libris de iuris canonici*[28]. Le collezioni canoniche successive al Decreto, a cominciare dal *Liber Extra* di Gregorio IX, che Alberico illustra sulla base della *Rex pacificus* – la bolla con la quale il Pontefice l'aveva promulgato – proprio in ragione della potestà legislativa del Papa, hanno i caratteri dell'unità, dell'autenticità e della esclusività, dal che derivano alcune di quelle caratteristiche codificatorie che una recente e autorevole dottrina ha avuto modo di sottolineare[29]. Ad essi, secondo Alberico, si aggiunge quello della generalità: ne consegue che, con la promulgazione della collezione, le decretali che vi sono contenute hanno valore indistinto, indipendentemente dai destinatari originari. Ne deriva l'assoluta legittimità, da parte del Papa, di emanare norme regolanti la vita della Chiesa e dei suoi aderenti senza però pretendere che le sue disposizioni abbiano valenza universale: esse, infatti, secondo Alberico, trovano un limite invalicabile nelle legislazioni degli Stati i quali, nell'esercizio della loro sovranità, possono eventualmente recepire in tutto o in parte quelle norme, non perché ad essi originariamente destinate, ma perché, nella sua indipendenza, il legislatore nazionale può eventualmente farle

teenth Century Journal», 5, 1974, 2, pp. 79-94 dove, a p. 90, anche un cenno ad Alberico Gentili, e, dello stesso autore, *I contributi culturali dei riformatori protestanti italiani nel tardo Rinascimento*, in «Italica», 64, 1, pp. 19-61, revisione aggiornata del testo in lingua inglese dal titolo: *The Cultural Contributions of Italian Protestant Reformers in the Late Renaissance*, in «Schifanoia. Bollettino dell'Istituto di Studi Riascimentali» 1, 1986, pp. 127-151, con riferimenti ad Alberico, Scipione e Matteo Gentili, pp. 35, 39 e note 135, 139.

[28] Per la lettura critica di questa *Disputatio* cfr. G. MINNUCCI, *Alberico Gentili: un protestante*, cit., pp. 361-367, e in *Alberico Gentili. La salvaguardia dei beni*, cit., pp. 203-210.

[29] Le disposizioni sono da considerare come contestualmente promulgate indipendentemente dalla data di ogni singola disposizione (*unità*); l'insieme della compilazione ha valore e forza di legge, indipendentemente dal fatto se le norme in essa raccolte siano erronee nel riferire alcuni fatti o se, nel frattempo, siano state modificate (*autenticità*); sono da ritenere abrogate tutte le norme promulgate dopo la redazione del *Decretum Gratiani* non comprese nella nuova raccolta (*esclusività*): «Gregorius legislator omnia abrogauit, quae in suam collectionem non retulit»; A. GENTILIS *De libris iuris canonici*, cit., p. 41. Cfr., su tutto il punto, F. LIOTTA, *I papi anagnini e lo sviluppo del diritto canonico classico: tratti salenti*, in F. LIOTTA (ed), *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, Bologna 1999, pp. 121-122, e in «Archivum Historiae Pontificiae», 36, 1998, pp. 42-43, e, dello stesso autore, *Tra compilazione e codificazione. L'opera legislativa di Gregorio IX e Bonifacio VIII*, in F. LIOTTA (ed), *Studi di Storia del diritto medioevale e moderno*, 2, Bologna 2007, pp. 21-39. Il saggio del Liotta si legge anche in G. MINNUCCI (ed), *I poteri universali e la fondazione dello Studium urbis. Il pontefice Bonifacio VIII dalla Unam sanctam allo schiaffo di Anagni*, Atti del convegno, Bologna 2008, pp. 69-87, e in *Tra Diritto e Storia. Studi in onore di Luigi Berlinguer promossi dalle Università di Siena e di Sassari*, I, Soveria Mannelli (Catanzaro) 2008, pp. 1283-1298.

proprie, così come può determinare la sua esclusiva competenza nella regolazione di determinate fattispecie negando, per quelle materie, ogni *auctoritas* alle norme canoniche[30].

Siamo alle origini del sistema giurisdizionalista che pian piano si afferma in tutta l'Europa, a cominciare da quella cattolica, nella quale la legge è il frutto esclusivo della potestà e della capacità legislativa del Sovrano, mentre il diritto canonico, avendo perduto gran parte della forza sua propria, forse in ragione del diminuito potere politico del Papa, può entrare a far parte dell'ordinamento solo se ciò è gradito al re legislatore.

Così come con il «silete theologi in munere alieno» del *De iure belli* Alberico aveva sottolineato la netta separazione fra diritto e teologia, contribuendo in tal modo a costituire il presupposto per la creazione dello Stato moderno come luogo di neutralizzazione del conflitto religioso che aveva sconvolto l'Europa[31], così la sua posizione nei confronti del diritto canonico non conduceva alla negazione dell'applicabilità di quel diritto, ma al riconoscimento di una sua indiscussa valenza, lasciando contestualmente gli Stati assolutamente liberi di regolare alcune materie secondo proprie autonome determinazioni. A quel diritto, in ogni caso, doveva far ricorso proprio l'*interpres iuris* non solo perché testimone di un deposito sapienziale millenario, come nel caso del Decreto, ma anche perché fondato, talvolta, su principii di diritto divino e naturale dai quali il giurista non poteva mai prescindere.

## 4. *Foro della coscienza e foro esterno: peccato e reato alla luce del pensiero di alcuni giuristi del Cinquecento*

Un esame delle questioni in tema di furto e di omicidio, affrontate nel I Libro del *De nuptiis*, non poteva però trascurare, per essere completato,

[30] In realtà nella *Rex pacificus* si utilizza l'espressione *universi utantur* il che conferisce alla collezione la caratteristica della *universalità*. Alberico, invece, al fine di contrastare coloro che come il Cuiacio, avrebbero ritenuto eventualmente applicabili le decretali pontificie solo nei territori per i quali erano state originariamente promulgate, afferma che: «Factae enim istae sunt omnes generales»; A. GENTILIS, *De libris iuris canonici*, cit., p. 47; sul punto cfr. G. MINNUCCI, *Alberico Gentili: un protestante*, cit., pp. 365-366 nota 62, e in *Alberico Gentili. La salvaguardia dei beni culturali*, cit., pp. 207-208, nota 62. Nell'ottica gentiliana era evidentemente inconcepibile un'applicazione della normativa canonica senza limiti territoriali; quel limite lo rinveniva negli ordinamenti statuali e nella loro legislazione.

[31] Sul punto cfr. l'Introduzione di D. Quaglioni a A. GENTILI, *Il diritto di guerra* (= *De iure belli libri III*, 1598), cit., p. XXXIII su cui si veda *supra*, p. 58.

l'analisi del vero problema che le permeava in profondità: il rapporto tra foro della coscienza e foro esterno o, se si preferisce, il contrasto che, per alcune fattispecie, distingueva il lecito morale dal lecito giuridico[32]:

«Et captat Ambrosius syllabas legis, que inquit, *Non occides*. Atque si isti sicarii, et adulteri digni sunt morte, quid est, quod vetet, priuatum in ipsos animaduertere? An quia non valeat lex, quae tribuat alteri in facto proprio iurisdictionem? Sed hic contrarium docent leges et doctores[33]. Loco iudicis succeditis, cui permittitur offendere, et occidere[34]. Egregie autem Iulius Clarus[35] et tenet tutum in conscientiae foro omnem, qui occiderit ex auctoritate legis: maxime si zeloque occiderit reip(ublicae) non priuata uindicta. Et sic esse recentiorem opinionem contestatur. Dicit de foro conscientiae: de quo contra ius ciuile nunc disputatur: et de quo potest quaestio esse. Alioqui et iure canonico in foro fori caedes istiusmodi permissae sunt. Quod tradit Cephalus: qui de foro illo conscientiae dicit, esse communem opinionem, ut illicite imo caedes sint. Numera. Nam, quae sit communis, aut magis communis opinio, plurimum in facto consistit. Ego refero Clarum: qui scribit, esse magis communem, ut licite imo sint. Et videor, probasse licitas[36]. Illud videri absurdum potest, quod tribueret ea occidendi potestas, quum nec magistratus multaret morte adulteros per ius Digestorum: et hodie etiam maneat ius in adulteram, quod iterum eam eximat poena mortis. Attamen absurdum istud Alexander defendit et defendimus nos ita, quod cum certum sit, et per Dei legem sit certificatum, adulterium esse crimen morte dignissimum: utique nec peccet, qui mortem affert adulteris, et qui publicam hanc habet auctoritatem, tribuat autem lex auctoritatem hanc aliis vel priuatis, aliis autem vel magistratibus neget. Et nihil hic sit absurdi: quia iusto dolori, et precipitatis occasionibus magis fuerit indulgendum, aut ad hoc, ut excluderetur peccatum. Etiam alibi lex tribuit priuatis, quod denegat magistratibus. Sed quid si permissio ista occidendi adulteros non

[32] A. GENTILIS *Disputationum de nuptiis libri VII*, cit., pp. 9-10. Il tema era già stato affrontato, in verità, nel *Commentario Ad legem juliam de adulteriis* (*ad Cod.* 9.9.4), (cfr. G. MINNUCCI, *Alberico Gentili tra mos italicus e mos gallicus*, cit., pp. 89-97, 183-184) con un rinvio, solo parziale, alla stessa letteratura allegata nel *De nuptiis*. Ma in quest'ultima opera, oltre a confermare, sulla base di analoghe argomentazioni, la liceità dello *ius occidendi adulterii causa* da parte del marito tradito nei confronti del correo del crimine di adulterio, il Gentili aveva approfondito quei temi che, nel *Commentario*, aveva appena accennato.

[33] *In marg.*: *c. 1. de poen. 6* (*VI.* 5.9.1); *Rom. cons. 344* (LUDOVICI PONTANI *Consilia*, Lugduni 1533, c. 98*rb-va* nu. 6, cons. 344).

[34] *In marg.*: *Bal. l. ut vim* (BALDI UBALDI *Commentaria in primam Digesti Veteris partem*, Venetiis 1572, cc. 10*rb*-11*ra*).

[35] *In marg.*: *Clar. §. Homicidium* (J. CLARI *Sententiarum Receptarum lib. V., § Homicidium*, in *Opera omnia*, Lugduni 1609, pp. 38*a* nu. 50, 39*a* nu. 54).

[36] *In marg.*: *l. 20.* (*Dig.* 48.5.21[20]: «Patri datur ius occidendi adulterum cum filia quam in potestate habet: itaque nemo alius ex patribus idem iure faciet: sed nec filius familias pater»); *24.* (*Dig.* 48.5.25[24]: «Marito quoque adulterum uxori suae occidere permittitur, sed non quemlibet, ut patri: ...»); *auth. sed hodie C.* (*Cod.* 9.9.29[30].1: «Sacrilegos autem nuptiarum gladio puniri oportet» e Auth. *post Cod.* 9.9.29[30]: «Sed hodie adultera verberata in monasterio mittitur ...»).

sit illa probans cedem, et alia non puniens? Iam non praebet se reprehendendum ius civile, quod nec facit caedem a peccato immunem».

Il tema non era nuovo. Già affrontato da alcuni dei più autorevoli giuristi dell'età di mezzo e del secolo che si era appena concluso, l'argomento abbisognava di ulteriori approfondimenti da condurre tenendo presente la mutata realtà politica sostanziatasi nella fine dell'unità religiosa del Continente: dal che derivava, per gran parte d'Europa, una diversa considerazione delle fonti conservate nella legislazione canonica.

Il precetto del Decalogo di non uccidere il proprio simile, poneva al giurista del primo Seicento l'antico e discusso problema del rapporto fra lecito morale e lecito giuridico o, se si vuole, l'individuazione del discrimine fra peccato e reato.

Quale doveva essere la condizione del soggetto che, per legittima difesa, aveva di fatto violato quel precetto, uccidendo colui che aveva attentato alla sua vita? Ed inoltre, se la *lex civilis* disponeva la pena di morte per i rei di specifici crimini, come i sicari e gli adulteri sorpresi in flagranza di reato, perché non riconoscere ai soggetti passivi del reato di sostituirsi al giudice?

Il tema era complesso e poteva essere sviluppato mettendo a confronto il dettato della Scrittura, il pensiero dei Padri e le opere dei giuristi che, da tempo, lo avevano affrontato. Fra essi non potevano essere ignorati il Covarruvias e Giulio Claro che si erano soffermati sulle fattispecie dell'uccisione del bandito e dell'esercizio del *ius occidendi adulterii causa*.

Muovendo da una identificazione del foro esterno con quello della coscienza o, meglio, di un vero e proprio assorbimento del secondo nel primo, il Covarruvias aveva individuato nella *lex civilis* l'unico punto di riferimento certo: la previsione legislativa che avesse proibito un determinato comportamento lo avrebbe reso illecito anche sotto il profilo morale, così come l'aver consentito, sempre da parte del legislatore, azioni moralmente illecite, avrebbe sollevato colui che le poneva in essere dall'imputazione del peccato. Ne conseguiva che la *lex civilis* con la quale si permetteva l'uccisione dell'adultera rendeva del tutto lecito il susseguente *crimen homicidii* sia sotto il profilo giuridico (foro esterno), sia sotto quello più propriamente morale (foro interno), dal che derivava, evidentemente, che l'uccisore doveva essere considerato immune non solo dal crimine, ma anche dal peccato mortale di omicidio: «Lex etenim ciuilis si prohibet, ligat in foro conscientiae, et obligat eam violantem ad peccatum: si permittit excusat agentem, modo lex iusta sit ... Igitur

occidens adulteram permittente lege, etiam ciuili, in conscientiae foro est omnino immunis a peccato»[37].

Non così il Claro il quale, con argomentazioni particolarmente stringenti, discuteva criticamente la posizione del Covarruvias. Il criminalista alessandrino, infatti, prendeva le mosse da una chiara distinzione tra foro della coscienza e foro esterno e riteneva, da un punto di vista di principio, che l'uccisione dell'adultera e del correo sorpresi in flagrante delitto, ancorché consentita dalla *lex civilis*, generasse comunque una violazione dell'ordine morale[38]. E poiché non riteneva ammissibile l'esistenza di una legislazione civile generatrice di peccato («... impium est enim, iudicio meo, dicere apud nos vigere aliquam legem, quae peccatum mortale committi permittat»)[39], tentava un ulteriore approfondimento del problema esaminando la liceità dell'omicidio commesso in danno di un bandito[40].

[37] DIDACI COVARRUVIAS *In quartum librum decretalium de sponsalibus et matrimoniis epitome*, in *Opera omnia*, I, Francofurti 1573, col. 134*b* nu. 9, la cui opinione è discussa dal Claro; cfr. JULII CLARI *Sententiarum Receptarum lib. V., § Homicidium*, in *Opera omnia*, cit., p. 38*a* nu. 50.

[38] «... Sed haec quidem omnia procedunt in foro contentioso, caeterum in foro conscientiae non licet patri neque marito, neque filiam, neque uxorem, neque adulterum in adulterio deprehensos interficere ... et est communis opinio ut ait Dida. super 4 decreta. fol. 142, numer. 8 et seq... et ideo peccant mortaliter eos occidendo», JULII CLARI *Sententiarum Receptarum lib. V., § Homicidium*, in *Opera omnia*, cit., p. 38*a* nu. 50.

[39] *Ibidem*, p. 38*a* nu. 50.

[40] «... Sed nunquid, stante hoc statuto, licitum erit tales bannitos offendere et occidere, etiam in foro conscientiae. Resp. Variae quidem in hoc sunt doctorum opiniones. Nam Io. And. in rubr. de const. (IOANNIS ANDREAE *In primum decretalium librum Novella Commentaria*, Venetiis 1581, c. 11va nu. 11: «Item constitutio nutriens peccatum mortale, non valet, de praescr. c. fin. [*X* 2.26.20]») tenuit quod non, alii uero tenuerunt. Et hanc opinionem esse magis communem sentire videtur Alexan in d. l. si plagii, numer. 2, quem refert Gome. super Inst. de actio. in pri. post nu. 54 (L. GOMESII *Super titulo Insitutionum de actionibus*, Patavii 1523, c. ix*rb* nu. 54: «Et ita pro vero resolutione puto posse ita opi. concordari ut dicamus dispositiones predictarum legum procedant respectu laicorum quibus licitum est propria autoritate vindicare et quantum ad hoc ut tales etiam in foro fori sicut tuti requiritur quod illa vindicta fiat non zelo malicie sed iustitie et reipublice a qua potestatem recipiunt tunc enim licite est talis licentia et tunc ille») ubi has opiniones concordat, et ut ipse dicit, etiam ex mente Doctorum, quod scilicet aut iste, qui bannitum interficit, id facit zelo Reip‹ublicae› et tunc excusatur etiam in foro conscientiae: aut vero id facit ob priuatam vindictam, vel animo effundendi sanguinem humanum, et eo casu in foro poli non excusatur, non tamen explicat, an in dubio, si non appareat quo animo id fecerit, dicatur mortaliter peccare ... Ego vero excusarem a peccato mortali eum, qui bannitum lege, vel statuto permittente, interficeret, ne dicamus, apud Christianos permitti leges nutritiuas peccati mortalis ...»; JULII CLARI *Sententiarum Receptarum lib. V., § Homicidium*, in *Opera omnia*, cit., p. 39*a* nu. 54.

Da un lato la classica posizione di Giovanni d'Andrea[41], fondata su un principio generale sancito da un canone del Concilio Lateranense IV, successivamente rifluito nella *Compilatio IV* e nel *Liber Extra*[42], negava efficacia, in entrambi i fori (esterno e interno), ai provvedimenti dell'autorità o alle consuetudini generatrici di peccato; dall'altro, la *communis opinio doctorum*, sulla quale si fondava il pensiero del Claro, aveva espresso un parere maggiormente condivisibile: la dicotomia tra foro esterno e foro della coscienza consentiva di dichiarare lecita la disposizione dell'autorità che riconosceva l'impunità a colui che avesse ucciso un bandito. Contestualmente, in foro interno, occorreva determinare quale fossero state le ragioni che avevano mosso l'omicida. Costui si sarebbe reso colpevole di peccato mortale solo nel caso in cui avesse ucciso per vendetta privata o per il semplice gusto di uccidere, mentre non sarebbe incorso nella violazione dell'ordine morale qualora avesse semplicemente ottemperato a un mandato diretto dell'autorità od avendo dato seguito a una disposizione di questa. Una posizione nella quale, evidentemente, era ancora presente l'influenza del pensiero agostiniano che aveva scusato colui che si era reso colpevole di un omicidio commesso nell'esercizio di una pubblica funzione o nell'interesse della *civitas*[43].

Non è così per il Gentili. Pur condividendo la bipartizione del foro, in interno ed esterno, elaborata dal Claro, Alberico si addentra nei meandri delle fattispecie esaminate dal giurista alessandrino nel tentativo di dimostrare la discutibilità delle posizioni da questi assunte. Esaminando il reato di adulterio il giurista di San Ginesio contesta, ad esempio, che la reazione del marito tradito non possa essere giustificata sotto il profilo della coscienza, ancorché la legge civile contenga disposizioni fortemente contraddittorie in relazione alla determinazione delle sanzioni da irrogare

[41] IOANNIS ANDREAE *In primum decretalium librum Novella commentaria*, cit., c. 11*va* nu. 11: «Item constitutio nutriens peccatum mortale, non valet, de praescr. c. fin. (*X* 2.26.20)».

[42] *X* 2.26.20: «Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali iudicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis, quum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oporteat, ut qui praescribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae».

[43] «De occidendis hominibus ne ab eis quisque occidatur, non mihi placet consilium; *nisi forte sit miles, aut publica functione teneatur, ut non pro se hoc faciat, sed pro aliis, vel pro civitate*, ubi etiam ipse est, accepta legitima potestate, si ejus congruit personae»; AURELII AUGUSTINI HIPPONENSIS EPISCOPI *Opera omnia*, in *PL* XXXIII (1865), Epist. 47 (*alias* 154), col. 186 (corsivo mio).

agli adulteri[44]: il *iustus dolor* che pervade l'animo di chi sorprende la propria coniuge in flagrante delitto ne giustifica, infatti, la reazione violenta.

Il vero problema inerisce, però, ai rapporti tra foro della coscienza e foro esterno. Il Covarruvias aveva assorbito entrambi i fori nella *lex civilis*; il Claro, che pure li aveva tenuti distinti, aveva ritenuto inconcepibile l'esistenza di un diritto secolare che fosse generatore di peccato: la possibilità contemplata dalla legge di commettere un omicidio non costituiva, per il giurista alessandrino, il riconoscimento di una giustizia privata alternativa a quella pubblica; era l'*animus* col quale l'individuo aveva posto in essere un determinato comportamento che consentiva di determinare se questi avesse semplicemente adempiuto a un comando dell'autorità o a una possibilità da questa riconosciuta o se, al contrario, avesse inteso farsi giustizia, nel quale ultimo caso, pur non essendo imputabile di reato, sarebbe stato punibile, in foro interno, come peccatore: una divisione dei due fori che, agli occhi del Gentili, non risultava sufficientemente marcata.

Per Alberico foro esterno e foro della coscienza, legge civile e legge morale, debbono esser tenuti nettamente distinti, né è da escludersi che possano prevedere disposizioni fra loro contrastanti: non è compito della *lex civilis* dichiarare immune dal peccato colui che si macchi di un omicidio («iam non praebet se reprehendendum ius civile: quod nec facit cedem a peccato immunem»)[45].

Ma seguiamo ancora lo svolgersi del pensiero di Alberico[46]:

«Quaestio enim de non puniendo diuersa est[47]. Impune pater occidit adulteram etiam praegnantem: vt eum ita excusat doloris impetus. At bannitam, quae alias occideretur impune, pregnantem non occides impune. Quod si quid adprobatur iure ciuili, non tantum

[44] Sul punto cfr. G. MINNUCCI, *Alberico Gentili tra mos italicus e mos gallicus*, cit., pp. 83-132.

[45] A. GENTILIS *Disputationum de nuptiis libri VII*, cit., p. 10.

[46] *Ibidem*, pp. 10-11.

[47] *Ibidem*, con rinvio *in marg.* a *Bal. l. 18. de sta. ho.*: «Sed pone dictum statutum quod banniti possint inpune offendi, et occidi videtur quod non, ut hic in contrarium, quia hic loquitur in iudice qui debet deliberare secus in priuato. Vnde pater occidens filiam pregnantem in adulterio deprehensa non punitur de homicidio. Ergo pari ratione in muliere bannita. Solutio: dico quod non potest occidi quia habet dilationem a lege donec pariat, ut hic, et d. l. pregnantis non ob‹stante› quod pater occidit, et est homicida: quia illud est propter flagrantis criminis impetu ...»; BALDI UBALDI *Commentaria In primam Digesti Veteris partem*, cit., c. 34*vb* nu. 6.

est impune, illud et sine peccato esse, crediderim[48]. Et dixerim cum Iasone, nimis esse ciuile ius vitiosum, et fundatum tamen plurimum in ratione naturali, si securos non faceret nos a peccato. Loquor autem de eo, quod ferri ab homine noluit Deus. Alioqui solus ipse Deus obligat. Et soluit conscientias[49]. Cum Iasone autem sunt vulgo. Ait Clarus,

[48] A. GENTILIS *Disputationum de nuptiis libri VII*, cit., p. 11, con rinvio *in marg.* a *Ias. l. 55. de leg. 1.*; IASONIS MAYNI *In secundam Infortiati partem Commentaria, ad l. Nemo potest, secundo lecta, de legatis et fideicommissis* [*Dig.* 30.1.55], Lugduni 1569, c. 95*ra* nu. 103, 105-106: «Secundo moueor per illud quod egregie, et no‹tat› tamen Bal. in cons. cclxxxv. tertii vol. incipiens: 'Si quis iuris ciuilis originem consideret' (BALDI DE UBALDIS *Consiliorum tertium volumen*, Lugduni 1548, cons. 285, c. 59*rb*: «Et in hoc etiam ius humanum distinguit ius diuinum ex potestate data imperatoribus et legislatoribus ab ipso deo. Nam pro utilitate mundi et sano regimine uniuersi deus dedit regibus et cesaribus potestatem statuendi inter subditos suos alioquin frustra fecisset eos vicarios in temporalibus ut extra de maio. et obe. c.solite [*X* 1.33.6], C. de leg. l. i. in fi. [*Cod.* 1.14.1]. Sic infero ex eam factum superioris emendat seu interpretatur. ff. man. l. fi. si hominem. [*Dig.* 17.1.30]. Nec per hoc contradicit domino quia offendit verba sed non mentem, idest rationem seu causam ... Nec aliter videtur dicendum in foro iustitie conscientie quia ubi lex ciuilis statuit tale statutum etiam in foro canonico causarum et etiam in foro penitentiali conscientiam seruandum est nisi alias iussit peccatum et dolus, extra de. prescrip. quoniam omne [*X* 2.26.20]»), ubi tamen quod ubi lex ciuilis aliquid statuit, tale statutum esset in foro penitentiali et anime seruandum est nisi alias insit peccatum, vel dolus, c. quoniam omne. de prescri. (*X* 2.26.20). Alioquin si secus diceremus, esset dicere, quod leges ciuiles essent vitiose et multorum anime essent, illa que a te et damnate, quod nullatenus est dicendum quia esset maximum absurdum, cum leges ciuiles excusent conscientiam a peccato, ut ibi plenius per eum ... Quarto moueor quia etiam in foro conscientie et anime leges ciuiles attendi debent, cum fundentur in ratione naturali, licet non apices iuris secundum Bal. in l. uni. C. de confess. (BALDI DE UBALDIS *In VII, VIII et IX libros Codicis Commentaria*, Lugduni 1532, c. 93*ra* nu. 6: «In foro enim conscientie etiam actor debetur indici restitutio: quia apices iuris in foro conscientie non excusant»). Et quod leges ciuiles ligent etiam in foro conscientie, tenet no. And. de Iser. quem videas in c. i. § i. ante si de pace iur. fir. in usi. feud. (ANDREAE ISERNIENSIS *In usus feudorum Commentaria*, Neapoli 1571, c. 238*va* nu. 8). Item leges ciuiles que non continent in se peccatum sunt obseruande etiam in foro penitentiali et anime et ista est communis conclusio omnium. Ita attestat Abbas in proe. decret. quod incipit rex pacificus in ii. q. (NICOLAI TUDESCHI ABBATIS PANORMITANI *Commentaria In primum decretalium librum*, Venetiis 1588, c. 19*ra*). Idem et latius tenet idem Abb. in c. i. de constit. ubi etiam idem dicit quod ista est communis conclusio omnium, quod si lex ciuilis non est nutririua peccati quod seruanda est etiam in foro anime. Nam ex quo lex ciuilis est edita authoritate omnipotentis Dei, qui leges fecit condi per suos ministros, vii. dist. c. Quo iure (D. VIII c. 1). Et prouerbiorum vii. Ubi dicitur per me reges regnant et legum conditores iusta decernunt (*Prover.* VIII. 15). Si ergo sunt condite authoritate Dei, ergo seruande sunt etiam in foro anime: quia omnia nostra facimus quibus authoritatem impartimur, l. i. § Cunque hec uersi. omnia n. C. de vete iur. enucle. (*Cod.* 1.17.1.6 = Const. *Deo auctore* § 6) ...».

[49] ALBERICO (A. GENTILIS *Disputationum de nuptiis libri VII*, cit., p. 11) allega *in margine*: *Alc. rubr. C. de pact.* «His accedat quod uulgo traditum est, eum qui autoritatem legis sequitur, in foro conscientiae tutum esse, nisi contrariae ueritatis eum certum esse

placuisse sibi numquam contrariam opinionem: et imo visum impium, dicere, esse leges, quae sinant, peccatum mortale admitti. Exponit alibi Baldus, esse falsum, vt nihil ad nos pertineat, et ad hoc ius nostrum ciuile de anima, aut peccato. Vox ea esset non Christiani, non Iustiniani, sed pecudis. Quod si tamen aiunt, stari canonico iuri oportere, vbi de peccato agitur: id est, quia ius canonicum sibi rapuit omnem istam iuris auctoritatem».

È ben possibile che la *lex civilis* contenga precetti fra loro apparentemente contraddittori e comunque non in grado di assolvere i soggetti da un'imputazione di peccato: ne è un pregnante esempio lo *status* della donna gravida. Costei, infatti, se còlta in flagrante adulterio, può essere impunemente uccisa dal padre (in favore del quale agisce come attenuante il *doloris impetus*); non così se la donna che si trovi nel medesimo *status* sia stata bandita: l'uccisore non godrebbe dell'impunità. Ne consegue, quindi, che il *ius civile* può consentire comportamenti che potrebbero costituire una violazione dell'ordine morale: «Quod si quid adprobatur iure ciuili, non tantum est impune, illud et sine peccato esse, crediderim». La prospettiva gentiliana appare pertanto profondamente diversa da quella del Covarruvias e di Giulio Claro avvicinandosi, invece, a quella espressa molto tempo prima da Giason del Maino[50].

Se da un lato, infatti, si può affermare che la legge civile deve essere osservata anche in foro interno, dall'altro non si può negare che, qualora contenga precetti che violano l'ordine morale, la stessa non deve obbligatoriamente essere osservata.

Ben diversa è la pretesa che la legge civile scusi dal peccato. Assorbire i precetti morali nell'ordine civile, come aveva teorizzato il Covarruvias, o pretendere, come il Claro, che le leggi civili si uniformino alle leggi morali, tanto da indurre il giurista alessandrino ad affermare che risulterebbe *impium* quell'ordinamento il quale prevedesse una legislazione che consentisse di commettere peccato non risulta, per Alberico, condivisibile. Le fattispecie alle quali aveva fatto riferimento, dimostravano, infatti, che vi erano comportamenti consentiti dalla legge civile, i quali, se posti in essere, avrebbero comunque generato un peccato grave.

Foro esterno e foro della coscienza vanno, quindi, tenuti ben distinti, così come vanno tenute ben distinte le leggi civili dalle leggi morali; né è pensabile che il giurista si occupi dell'anima o del peccato, magari facendo ricorso, per quest'ultimo fine al diritto canonico: «Vox ea esset non Christiani, non Iustiniani, sed pecudis»!

is probauerit, qui euangelicam denunciationem proposuit»; A. ALCIATI *Commentaria in Cod. Iustin.*, in *Opera*, III, Basileae 1571 (*ad rubr.* C. de pactis), nu. 22.

[50] Cfr. *supra*, nota 48.

## 5. *Teologia e diritto: il ruolo dell'«interpres iuris»*

La *disputatio* che il Gentili andava conducendo, anche con toni marcatamente graffianti, non poteva però considerarsi conclusa. Infatti, se da un lato il giurista di San Ginesio aveva precisato il suo punto di vista delineando la funzione del *civilian* quale interprete del diritto, dall'altro non poteva ignorare che i teologi reclamavano a gran voce una propria specifica competenza a intervenire sulle tematiche di cui si occupava. La polemica che, da tempo, lo vedeva contrapposto con la fazione puritana dell'Università di Oxford giunge al punto di arrivo, sotto il profilo strettamente scientifico, nella redazione del *De nuptiis*. È qui, infatti, che il *regius professor* di *civil law* si esprime compiutamente intorno ai rapporti fra giuristi e teologi[51] e circa la capacità di entrambi di assumere il ruolo di interpreti dei precetti in materia matrimoniale, giungendo ad affermare la competenza del legislatore laico e del giurista circa le fattispecie ricadenti nella *secunda tabula* del Decalogo[52] che, com'è noto, contemplava fra i comportamenti riprovati un reato, come quello di adulterio, direttamente connesso all'istituto del matrimonio[53]:

[51] Indico alcuni passaggi del I Libro del *De nuptiis*, nei quali Alberico fa riferimento a dispute avute con un teologo: «Theologus aliquando nec apte disputabat contra me hic ...»; A. GENTILIS *Disputationum de nuptiis libri VII*, cit., p. 21; «... Qui mecum aliquando contendebat theologus, is contra me asserebat ...», *ibidem*, p. 91. Malgrado non ne faccia mai il nome è pressoché certo che facesse riferimento a John Rainolds con il quale aveva avuto nel 1593 uno scambio epistolare, cfr. *Latin Correspondence by Alberico Gentili and John Rainolds on Academic Drama*, ed. J. HOGG, Salzburg 1977; si veda, inoltre, J.W. BINNS, *Women or Transvestites on the Elizabethan Stage?: An Oxford Controversy*, in «Sixteenth Century Journal», 5, 1974, 2, pp. 95-120. Sui rapporti fra diritto e teologia in Alberico Gentili si veda, da ultimo, D. PANIZZA, *Il pensiero politico di Alberico Gentili. Religione, virtù e ragion di stato*, in D. PANIZZA (ed), *Alberico Gentili.Politica e religione nell'età delle guerre di religione*, Atti del convegno, Milano 2002, pp. 68-72.

[52] Secondo Alberico, infatti, «Theologia sermo Dei est, qui sermo in secunda tabula non est, sed in prima. Est quidem theologia sermoque, quem enuntiat Deus. Sed sermo de se Deo ex usu, et proprie magis dictus semper est theologus. Nam et multa loquitur Deus, quae non pertinent ad theologiam. Quod ipsi te theologi docent. Est theologia sapientia (rectissime neque scientiae, neque artis nomine definitur) rerum diuinarum: hoc est de diuinitate sermo, et oratio: et de rebus quae ad Deum ordinatae sunt. Vt cuius proprium, et simpliciter obiectum, materiave sit Deus: qui per theologia nobis se spectandum, et sapiendum exhibet ...»; A. GENTILIS *Disputationum de nuptiis libri VII*, cit., pp. 41-42. Sul punto si veda anche *Latin Correspondence by Alberico Gentili and John Rainolds*, cit., p. 9: «... Gentili attacks the Puritan's area of professional competence, arguing that the sacred books are common to all and those of the second table the prerogative of lawyer ...».

[53] A. GENTILIS *Disputationum de nuptiis libri VII*, cit., p. 21.

«Theologus aliquando nec apte disputabat contra me hic, quod professor iuris ciuilis non possit recte isthaec exponere, quae sunt secundae tabulae legum Mosaycarum: quia ciuile ius concubinatum permittat, et libidines alias. Sic et contendebat ille mecum, secundam illam tabulam ad studiosos iuris non spectare. Contra quam [*sic*!] ego opinabar, et opinor etiamnum, pertinere tabulam ad nos magis, quam ad theologos».

Secondo Alberico, infatti, i teologi riterrebbero di essere esclusivamente competenti circa la violazione dei precetti contenuti nella *secunda tabula* del Decalogo, sul presupposto erroneo di essere gli unici interpreti della Sacra Scrittura, mentre al giurista resterebbe riservato unicamente l'esame della compilazione di Giustiniano: testo che, per il fatto di ammettere il concubinato[54], dimostrerebbe la sua non aderenza al dettato della Scrittura e la conseguente incompetenza del giurista ad affrontare le tematiche contenute nella seconda parte del Decalogo[55]. L'erroneità di questa posizione, propria dei teologi, è dimostrata, secondo Alberico da due fattori. Se da un lato si può correttamente ritenere che anche il giurista debba utilizzare il dettato dei Libri sacri[56], dall'altro non si può negare che la legislazione giustinianea, come è stato dimostrato dalla secolare opera degli interpreti, possa contenere disposizioni ormai superate, e che pertanto, il suo dettato debba essere talvolta disapplicato[57]:

[54] Ma su tutta la questione si veda il cap. IV del libro I («De concubinatu») nel quale si esamina la storia del concubinato sotto il profilo storico e filologico, sulla base delle fonti antiche (letteratura classica greca e latina), della Scrittura, della Patristica, del pensiero espresso dai grandi Commentatori ed Umanisti; cfr. A. GENTILIS *Disputationum de nuptiis libri VII*, cit., pp. 17-20.

[55] Sulla suddivisione dei precetti contenuti nelle due Tavole della legge si legga il seguente passo: «Variae est preterea disputatum de partitione illorum praeceptorum. Et alii statuerunt in priori tabula tria, in secunda septem. Alii in priore quattuor, in posteriore sex. Et Philo, ac Iosephus quina in singulis agnoscunt tabulis ...»; A. GENTILIS *Disputationum de nuptiis libri VII*, cit., p. 61. Quali che siano i precetti e quale la loro collocazione nelle due *Tabulae (ibidem*, pp. 62-63), Alberico ritiene che quelli relativi ai rapporti fra gli uomini, siano di competenza esclusiva del giurista.

[56] «De libris sacris dicendum quoque nobis est: qui ignorandi nec cuiquam sint, cui ingenii aliquid concessum est. Quod itidem nostri monent. Et sic libri sacri sunt nostris semper ante oculos, si quid inde ad ius est, de quo respondere nos debeamus»; A. GENTILIS *Disputationum de nuptiis libri VII*, cit., p. 21; dalla lettura delle Scritture appare comunque evidente che molte delle disposizioni in esse contenute non risultano accettabili: «Ipse Moyses de diuortiis, de matrimonio captiuae tulit leges: et permisit, quae penitus improbabat. Scilicet politicas, et forenses leges Deus non ad solidam perfectionem exegit. Multa haec sunt, quae concessa populo indomabili. Polygamia, caedes aliqua priuatae manus, relictio liberorum apud herum, interesse tantum praestatio verberato, luctus mortuorum solennis, occisio omnium hostium puberum, matrimonium repudiatae, leuior poena coeuntis cum ancilla alteri desponsata etc.»; *ibidem*, p. 23.

[57] A. GENTILIS *Disputationum de nuptiis libri VII*, cit., p. 21.

«Atque hic illius [*scil.* del teologo] argumentum peccat dupliciter. Nam adsumit, quod erat in controuersiam: dum libros Iustiniani nobis dat solos: et ego etiam sacros dico nostros, et nobis communes cum theologis. Deinde adsumit, quod est falsum, male nos aut ex Iustinianicis docere ea, quae sunt secundae tabulae. Etenim, si quid male de his scriptum in Iustinianicis est, iam audiuimus a nostris documentum, sequi male scriptum non oportere».

Vi sono però altre e importanti ragioni che, secondo Alberico, contribuiscono a determinare la competenza del giurista sulla *secunda tabula* del Decalogo: lo si desume da una lunga argomentazione dialettica, relativa ai rapporti fra diritto e teologia e ai rispettivi ambiti di intervento, esposta ancora una volta nel *De nuptiis*, sotto il titolo *Distinguuntur ius diuinum et humanum*. Si tratta di un'esposizione sulla quale occorre spendere qualche considerazione: emerge, infatti, una profonda conoscenza dell'intellettuale di San Ginesio di metodologie e concetti propri della filosofia aristotelica, strumenti che, nei *Dialogi* del 1582, egli avrebbe ritenuto di scarsa utilità per il giurista. Il sanginesino muove dal presupposto che diritto e teologia si distinguano *ratione subiecti* e *ratione finis*, indipendentemente dal fatto se debbano essere considerate *scientiae* o *artes*[58]:

«Quod si distinguuntur scientie per subiectum, et artes per finem: ut ita distingui docent viri doctissimi: duae utique istae, theologia, et iurisprudentia, siue scientiae, siue artes, per subiectum, aut per finem distinguuntur».

Infatti, mentre per la teologia il soggetto è Dio e il fine è rappresentato dal diritto divino, per la giurisprudenza il soggetto è individuabile nell'uomo e nelle sue azioni e il fine non può che essere individuato nel diritto umano. Ordunque, poiché il diritto umano è racchiuso nella *secunda tabula*, spetterebbe al giureconsulto occuparsi del soggetto (l'uomo e le sue azioni) e del fine (*ius humanum*) che vi è compreso[59].

La premessa dalla quale Alberico aveva preso le mosse, e che abbiamo cercato qui brevemente di riassumere nei suoi contorni essenziali, potrebbe però risultare non del tutto vera. E proprio questo convincimento, evidentemente dettato da un metodo dialettico ormai acquisito, induce Alberico a individuare le ragioni che potrebbero confutarne la validità. Si potrebbe ipoteticamente affermare, *e contrario*, anche sulla base del ragionamento sin qui svolto, che il giureconsulto ha una competenza

[58] *Ibidem*, p. 37.

[59] «Atque quod erit subiectum, aut finis unius, id non erit subiectum, aut finis alterius. Sed theologiae subiectum Deus est: finis ius diuinum. Iurisprudentie subiectum homo, siue actiones humanae: finis ius humanum. Et ius hoc humanum in secunda tabula continetur. Ergo est iurisprudentis secunda tabula. Eius scilicet est secunda tabula, cuius est subiectum, et finis secundae tabulae. Subiectum autem, et finis eius tabulae spectare dicetur ad iurisconsultum»; *ibidem*, p. 37.

esclusiva su ogni materia giuridica: ne conseguirebbe che oggetto delle sue indagini dovrebbe essere, oltre al *ius humanum*, anche il *ius divinum* che, pur essendo emanazione diretta di Dio, contiene comunque regole di condotta[60]:

«Quoniam ius aliquod iurisconsulto dare oportet: et itaque vel diuinum, vel humanum. Neque enim dicere siue Romanum, siue Anglicanum, siue aliud potest tale».

La differenza fra diritto e teologia – due discipline che, secondo Alberico, devono continuare, comunque, ad esser tenute distinte – non va ricercata, seguendo questa seconda prospettiva, *ratione subiecti* e *ratione finis*, ma avendo riguardo alle *causae efficientes*, vale a dire agli elementi produttori e determinanti di ogni fenomeno. La competenza del giurista e del teologo va individuata tenendo presenti i soggetti fra i quali si instaura un rapporto[61]:

«Quoniam non per subiectum, et finem sic distingueretur disciplina iuris a theologica; sed per caussas efficientes quasdam, et extrarias. Atque si ius diuinum spectat ad theologum, humanum ad iurisconsultum: habemus etiam, ius esse diuinum in prima tabula, humanum in secunda. Vt ius a iure distinguitur respectu eorum, inter quos est».

Se ne deduce che mentre per la prima parte del Decalogo, relativa ai rapporti fra Dio e l'uomo, è competente il teologo, la seconda, che inerisce alle relazioni fra gli uomini, non può che essere oggetto di intervento da parte del giurista. La chiusura del capitolo VIII del I Libro del *De nuptiis* è, a tal proposito, illuminante: «Sic itaque in coniunctionem hominis cum homine incumbit iurisconsultus, in coniunctionem hominis cum Deo theologus»[62].

Ma, oltre a ciò, è soprattutto la dicotomia tra foro della coscienza e foro esterno della quale ci siamo occupati in precedenza, una separazione che, per il Gentili, assume contorni assai netti e marcati, che delimita gli ambiti di intervento del teologo e del giurista. Lo si desume da un altro passo che Alberico pone a chiusura del cap. XII «De lege ultima secundae tabulae»[63]:

«Vt humana dirigit lex scilicet ad actus externos, ac internos diuina. Vt iurisprudentia est manifesti vindex, theologia etiam occulti. Quae Alciatus noster. Lex nostra non scrutatur conscientiam. Conscientia interior non pertinet ad legem humanam temporalem, nec ad ecclesiasticam. Nemo enim de ea iudicat, nisi solus Deus.Quae Baldus noster ...».

[60] *Ibidem*, p. 37.

[61] *Ibidem*, pp. 37-38.

[62] *Ibidem*, p. 41.

[63] *Ibidem*, p. 63.

Alla luce dei convincimenti espressi nel *De nuptiis*, il *silete theologi in munere alieno* del *De iure belli* non può essere inteso, quindi, come un'aprioristica ingiunzione ai teologi di non occuparsi dell'uomo e delle sue azioni, ma come un'espressione che tenta di definirne il ruolo comparandolo con quello dei giuristi i quali, peraltro, non possono ignorare quanto, da secoli, la teologia ha apportato alla storia della civiltà[64]. Ai primi, sommi interpreti della Sacra Scrittura[65], compete la comprensione dei precetti divini regolatori delle azioni dell'uomo col fine esclusivo di guidarne la coscienza («... solus ipse Deus obligat. Et soluit conscientias»; «Nemo enim de ea iudicat, nisi solus Deus»)[66]; ai giuristi resta il compito di «definire explicate quid in quaque quaestione est iuris»[67]: un'espressione che necessita però di essere resa più intelligibile, soprattutto in considerazione dell'evolversi del pensiero del giurista di San Ginesio in relazione al ruolo e al metodo del giurista.

A differenza di quanto aveva teorizzato nei *Dialogi* del 1582[68] – nei quali aveva sostenuto che al giurista erano sufficienti i soli libri della *civilis*

[64] A questo proposito, in relazione alla nascita della moderna scienza del diritto internazionale, avendo riferimento alle elaborazioni cinque-seicentesche, come separazione del diritto dalla teologia, si veda quanto sostiente il Quaglioni: «Inoltre non sarà male aggiungere che se di emancipazione si trattò, fu emancipazione da un sistema delle fonti in cui teologia e diritto si trovavano a coordinarsi e a compenetrarsi, fino a formare un solo complesso normativo-dottrinale dotato di una lunga e persistente forza ordinante, tale da costituire un retaggio le cui rovine emergono forse ancora, a tratti, dalle profondità della nostra civiltà giuridica»; D. QUAGLIONI, *Guerra e diritto nel Cinquecento: i trattatisti del «ius militare»*, in F. LIOTTA (ed), *Studi di Storia del diritto medioevale e moderno*, Bologna 2007, pp. 191-192; si veda, inoltre, D. QUAGLIONI, *Introduzione*, in *Alberico Gentili, Il diritto di guerra*, cit. *supra*, nota 2, p. XXXIII: «Se anche il *De iure belli* di Alberico Gentili, con la sua aspirazione alla fondazione di una nuova extra-statualità del diritto ... può essere annoverato fra i testimoni di quel processo di emancipazione, ciò accade pur sempre in relazione ad un sistema delle fonti in cui teologia e diritto si trovano a concorrere, non semplicemente a coordinarsi e a compenetrarsi, né tanto meno unicamente a confliggere, ma appunto a configurare quella 'lunga simbiosi' che è stata indicata come componente essenziale del razionalismo occidentale e come matrice stessa del moderno diritto pubblico europeo ...».

[65] A. GENTILIS *Disputationum de nuptiis libri VII*, cit., p. 89: «Do ego theologis ius magni testimonii de Scripturis sacris omnibus. Honorem quasi praecipuis earundem adseruatoribus defero. Supremos earum adsertores facile agnosco. Nam quis censeat, si locutus sit Deus, necne, melius his, qui penitius cum Deo sunt?»

[66] *Ibidem*, pp. 11, 63.

[67] *Ibidem*, p. 57.

[68] A. GENTILIS *De iuris interpretibus dialogi sex. Ad exemplar prioris editionis edidit prolegomenis notisque instruxit* G. ASTUTI, *praefatus est* S. RICCOBONO, Torino 1937 (Istituto

*prudentia,* mentre non occorreva una profonda conoscenza del latino o del greco, né della dialettica, della storia e delle altre discipline[69] – i principii regolatori dei comportamenti umani, in foro esterno, sono desumibili, per Alberico, non solo dalla compilazione giustinianea e dalle altre fonti normative[70], ma anche dalle elaborazioni che la scienza giuridica e le altre

giuridico della R. Università di Torino, «Testi inediti o rari», IV). Per una lettura critica di quest'opera si veda G. ASTUTI, *Mos italicus e mos gallicus*, cit. Ulteriori importanti riflessioni in D. MAFFEI, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Milano 1956, pp. 58-60 e *passim*; V. PIANO MORTARI, *Dialettica e Giurisprudenza. Studio sui trattati di dialettica legale del sec. XVI*, in *Diritto Logica Metodo nel secolo XVI* (Storia e diritto, 4), Napoli 1978, pp. 194-204 e *passim*; H. COING, *Philologie und Jurisprudenz: Eine Analyse der «Dialogi» des Gentilis*, in K. GAISER (ed), *Das Altertum und jedes neue Gute. Festschrift für Wolfgang Schadewaldt*, Stuttgart 1970, pp. 343-356 (rist. in D. SIMON [ed], *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht, 1947-1975*, II, Frankfurt 1982, pp. 212-226); E. CORTESE, *Tra glossa, commento e umanesimo*, in «Studi senesi», 104, 1992, pp. 490-498, (rist. in A. GARCÌA Y GARCÌA - P. WEIMAR [edd], *Miscellanea Domenico Maffei dicata. Historia – Ius – Studium*, III, Goldbach 1995, pp. 61-69, e in I. BIROCCHI - V. PETRONIO [edd], *Scritti*, II, Spoleto 1999, pp. 1049-1094); J.L. BARTON, *Gentilis and the interpretatio duplex*, in A.D.E. LEWIS - D.J. IBBETSON (edd), *The Roman Law Tradition*, Cambridge 1994, pp. 104-118. Per una recentissima ed approfondita riflessione su alcune di queste opere e sulla letteratura che si è occupata, più di recente, del Gentili, si veda I. BIROCCHI, *Il De iure belli e «l'invenzione» del diritto internazionale*, in L. LACCHÉ, *«Ius Gentium Ius Communicationis Ius Belli»*, cit., pp. 103-138.

[69] Si veda, a questo proposito, la pagina molto riassuntiva del Garin, dedicata ai *Dialogi* gentiliani: «Il giurista deve attendere solo ai libri della 'prudenza civile'; il giurista non ha bisogno di una troppo raffinata conoscenza del latino; al giurista non serve il greco; al giurista non giova la dialettica; il giurista non ha motivo di studiare la storia; all'interprete delle leggi serviranno molto di più le opere dei medievali che quelle dei moderni»; E. GARIN, *Leggi, diritto e storia nelle discussioni dei secoli XV e XVI*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Atti del convegno, Firenze 1986, p. 418; si veda inoltre, *infra*, nota 70.

[70] A. GENTILIS *Disputationum de nuptiis libri VII*, cit., pp. 91-92: «Qui mecum aliquando contendebat theologus, is contra me asserebat, quod ante annos plurimos scripsi in dialogis meis *de interpretibus iuris* (A. GENTILIS *De iuris interpretibus dialogi sex*, cit.), Bartolum, Baldum, alios nostros, qui ad ius nostrum ediderunt commentaria, dedisse tamen ad secundam legis Dei tabulam ne litteram quidem. Et illud quoque, bonum esse interpretem iuris sine linguae Latinae exquisitiori, et sine ulla Graece, alteriusve cognitione: absque dialecticis praeceptionibus: absque notitia historiarum, aliarum artium, scientiarum, disciplinarum. Quae imo omnia in sacrorum librorum interprete desiderantur. Sed tamen vicisse olim *Albericum Gentilem* non est hinc vincere. Et de iuris Iustinianici interprete illic egi, non simpliciter de interprete iuris. Nam scripsi illico *De legationibus* (A. GENTILIS *De legationibus libri tres, omnibus omnium ordinum studiosis, praecipue vero Iuris civilis lectu utiles, ac maxime necessarii, cum rerum et verborum indice copioso. Editio secunda*, Hanoviae 1607, pp. 181-193), et mox alia pro officio quidem interpretis iuris, ut non pro iuris Iustinianici: quae non sine historiarum multa notitia, disciplinarum et linguarum aliquantulo usu exponi possunt». Su questo passo si veda G. MINNUCCI, *La*

arti e scienze (storia, filologia, filosofia e teologia[71]) da lui ritenute superflue in un non troppo lontano passato, avevano prodotto in un secolare cammino, teso a separare *aequum ab iniquo*, *iustum ab iniusto*, e a ricercare, quindi, i cardini sui quali fondare l'edificio dell'umana convivenza.

Un ruolo che non può più essere affidato al canonista o al civilista, una suddivisione che in un'epoca caratterizzata da fortissimi contrasti politici e religiosi risulta inaccettabile[72] e, tanto meno, per i motivi che si sono sopra evidenziati, al teologo, ma all'*interpres iuris*[73]. Questi, però, non agisce da puro e semplice interprete del diritto giustinianeo («corruptus est usus disciplinae nostrae: qui non istam artem aequi, et boni, sed legum Iustinianicarum notitiam solam profitetur») ma, alla luce del frammento di Ulpiano (*Dig.* 1.1.1), espressamente citato e fatto proprio da Alberico[74], quale *sacerdos iustitiae* («... Ita nostra philosophia Iustinianismus non est, sed 'ars boni et aequi, cuius merito quis nos sacerdotes appellat, iustitiam namque colimus: et boni et aequi notitiam profitemur: aequum ab

*nuova metodologia di Alberico Gentili*, § 5. Circa il *De legationibus*, la cui prima edizione risale al 1585, mi limito a precisare, riservandomi di approfondire l'argomento in altra sede, che in alcuni capitoli specifici Alberico sottolinea la grandissima importanza rivestita, per gli ambasciatori, dalla conoscenza della storia, della filosofia e delle lingue: lib. III, cap. VIII: «Magna in legato historiarum cognitio requiritur»; lib. III, cap. IX «Quatenus philosophia legatum deceat»; lib. III, cap. X «De litteratis legatis». Sul punto si veda, ad es., D. PANIZZA, *Alberico Gentili giurista ideologo nell'Inghilterra elisabettiana*, Padova 1981, p. 91; D. PIRILLO, *Tra obbedienza e resistenza: Alberico Gentili e George Buchanan*, in «*Ius Gentium Ius Communicationis Ius Belli*», cit., pp. 211-216 e *passim*.

[71] Cfr. i contributi di D. Quaglioni cit., *supra*, nota 64.

[72] «... neque civiliste, hoc est Iustinianico, competere ius supradictum, neque canonistae, sed iurisperito. Quem humanarum et diuinarum rerum scientie, ad iusti, et iniusti, aequi et boni interpretationem definio, et definiui ...», A. GENTILIS *Disputationum de nuptiis libri VII*, cit., p. 93.

[73] Per il ruolo dell'*interpres iuris* in Gentili cfr. il testo tratto dal *De nuptiis* e riprodotto *supra*, nota 70, e la bibliografia citata alle note 68-70.

[74] A. GENTILIS *Disputationum de nuptiis libri VII*, cit., p. 57: «Nostra non est ars, recitare, quid in libris Iustiniani est constitutum, sed definire explicate, quid in quaque quaestione est iuris. Quemadmodum philosophia (ut inquit Clemens Alexandrinus) non est Aristotelismus, aut Platonismus, sed studium sapientiae et veritatis: ita nostra philosophia Iustinianismus non est, sed *'ars boni et aequi, cuius merito quis nos sacerdotes appellat, iustitiam namque colimus: et boni et aequi notitiam profitemur: aequum ab iniquo separantes: licitum ab illicito discernentes: bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes: veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam affectantes'* (*Dig.* 1.1.1). Corruptus est usus disciplinae nostrae: qui non istam artem aequi, et boni, sed legum Iustinianicarum notitiam solam profitetur».

iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes' ...»)[75], l'unico in grado di proporsi come «mediatore e traduttore ..., come tramite necessario a intendere il diritto nella sua dimensione più alta e inviolabile»[76].

Il giurista di San Ginesio, nel redigere le sue ultime opere, si presenta come l'erede della tradizione universalistica del diritto comune e, contestualmente, come il tramite del rinnovamento della scienza giuridica che si affaccia al secolo nuovo: la ricerca della giustizia, non è più esclusivamente frutto di una interpretazione evolutiva del diritto giustinianeo, ma è il risultato di uno sforzo ermeneutico condotto dal giurista che, grazie alle conoscenze enciclopediche ormai acquisite, può effettivamente proporsi come l'unico intellettuale in grado di formulare principii universalmente validi.

[75] Sul frammento ulpianeo si veda, da ultimo, D. QUAGLIONI, *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna 2004, pp. 27-29. Su queste tematiche si veda, inoltre, P. PRODI, *Una storia della giustizia*, cit.

[76] D. QUAGLIONI, *La giustizia*, cit., p. 29.

*Résumé*

«Forum internum» und «Forum esternum» im Rechtsdenken der Frühen Neuzeit

In seiner weitgespannten *Geschichte der Gerechtigkeit* fordert Paolo Prodi die Rechtshistoriker und Erforscher der Institutionen auf, einem der historiografischen Kotenpunkte und Ansätze der Entstehung des modernen Staates, dringend mehr Aufmerksamkeit zu widmen: der Konkurrenz zwischen dem kirchlichem und dem weltlichen Forum und zwischen dem *forum internum* und dem *forum externum*. In diesem Beitrag wird versucht, diesem Wunsch nachzukommen; auch wenn vorab gesagt werden muss, dass die Komplexität des Arguments eigentlich eine weitaus breitere Untersuchungen verdient hätte, als an dieser Stelle möglich ist.

Wie gesagt worden ist, muss die Wissenschaft des *ius publicum europaeum* das *silete theologi in munere alieno* von Alberico Gentili für sich beanspruchen: so wäre die Trennung der Rechtswissenschaft von der Theologie erreicht und die Schaffung des modernen Staates als Ort der Neutralisierung des religiösen Konflikts, der Europa so lange erschüttert hatte. Gentilis von Wissenschaftlern verschiedenster Disziplinen oft verwendete und kommentierte Apostrophe hat mich dazu geführt, seine Ideen zur Beziehung zwischen bürgerlichem Recht, kanonischem Recht und Theologie zu studieren und – wenn auch weniger tiefgreifend – die Lehren seiner juristischen und theologischen Vorgänger, auf die sich Gentili oft beruft, um den Gegenstand seiner Untersuchung auf die Beziehungen zwischen *forum internum* und *forum externum* auszuweiten. Der Intellektuelle aus San Ginesio griff diese Themen und Probleme auf und beschäftigte sich im Ersten Buch der *Disputationum de nuptiis libri VII* (Hanoviae 1601), also drei Jahre nach der Veröffentlichung des *De iure belli* eingehend mit ihnen. Dieser Text enthält die oben erwähnte Apostrophe Gentilis und er kann, wie jüngst betont worden ist, «zu den Zeugen» des Emanzipationsprozesses des Rechts von der Theologie «gerechnet werden», aber «immer in Beziehung zu einem Quellensystem, an dem Theologie und Recht mitwirken müssen; es reicht nicht, sich aufeinander abzustimmen und zu durchdringen und noch weniger wenn sie bloß aufeinandertreffen, sondern sie müssen eben jene 'lange Symbiose' gestalten, die zur als ausschlaggebende Komponente des westlichen Rationalismus erklärt worden ist und zur Matrix überhaupt des europäischen öffentlichen Rechts».

Eine Lektüre des Ersten Buches des *De nuptiis* (betitelt *qui est «De interprete»*) ergibt einige wichtige Neuheiten sowohl unter dem metho-

dologischen Profil, als auch unter jenem direkter mit unserer These verbundenden. Alberico Gentili befasst sich in der Tat mit den Delikten Mord und Diebstahl, indem er einige Passagen aus der Bibel, die Überlegungen der Kirchenväter (einige von ihnen hatten Töten auf obrigkeitlichen Befehl «entschuldigt»), die weltliche und kirchliche Gesetzgebung und die juristische Lehre vergleicht, und er gelangt zu dem Schluss, dass man es in einigen Fällen – so jenen die in der Reaktion des passiven Subjekts des Delikts auf versuchte Vergewaltigung oder bewaffneten Überfall bestehen, auf die der Tod des Angreifers folgte – mit einem natürlichen Recht auf Notwehr zu tun habe: ein Recht, das auch über eine mögliche fürstliche Gesetzgebung siegt, die eine solche Reaktion strafrechtlich verfolgen wollte: «Ratio naturalis potentior est omni edicto principis».

In diesem Zusammenhang muss nicht nur dem weltlichen Recht *par excellence*, also dem *Codex Iustinianus*, eine sehr wichtige Rolle zugeteilt werden sondern auch der kanonischen Gesetzgebung im *Corpus iuris canonici*, der Gentili eine *Disputatio* (*De libris iuris canonici*, Hanoviae 1605) widmet. Trotz der vehementen Apostrophe im *De nuptiis* [«... Flammis, flammis libros spurcissimos barbarorum, non solum impiissimos Antichristi. Flammis omnes, flammis: ut Lutherus magnus facere docuit bonos omnes, ipse in medio foro flammis delens eos omnes libros; non (quod in Gallia cum Sexto solum fuit) partem abolens solam ...»], meint Gentili, dass auch der Jurist, der inzwischen nicht mehr bloß Zivilrechtler oder Kanoniker ist – eine Unterteilung, die in einer von starken politischen und religuuösen Kontrasten gekennzeichnete Epoche unakzeptabel erscheint – sondern ein richtiggehender *iuris interpres*, auch auf das Kirchenrecht (das *Decretum Gratiani* und daraufflogende Dekretaliensammlungen, wie das *Liber Extra* von Gregorius IX. und der *Sextus* von Bonifazius VIII.) zurückgreifen muss. So wie das *silete teologi in munere alieno* des *De iure belli* von Alberico Gentili die eindeutige Trennung von Recht und Theologie hervorgehoben und dazu beigetragen hatte, die Voraussetzungen für die Gründung des modernen Staates als Ort der Neutralisierung des Europa erschütternden Religionskonflikts zu schaffen, so führte seine Haltung gegenüber dem kanonischen Recht nicht zur Streichung von dessen Verwendbarkeit, sondern zur Anerkennung seiner unangefochtenen Bedeutung, indem den Staaten die absolute Freiheit gelassen wurde, einige Angelegenheiten in eigener Autonomie zu regeln. Von diesem Recht musste in jedem Fall genau der *interpres iuris* Gebrauch machen, nicht nur als Zeuge eines tausendjährigen Wissens- und Weisheitsdepots, wie im Fall des Dekrets, sondern auch weil es zeitweise

auf den Prinzipien des Göttlichen und natürlichen Rechts gründete, von denen der Jurist nie absehen konnte.

Eine Untersuchung der Fragen zum Thema Diebstahl und Mord, die im Ersten Buch des *De nuptiis* behandelt werden, konnte jedoch der Vollständigkeit halber die Analyse des wirklichen Problems nicht außer Acht lassen: die Beziehung zwischen dem *forum internum* und *forum externum* oder, wenn man so will, der Unterschied der in einigen Fällen das moralisch Erlaubte und das juristisch Erlaubte kennzeichnete.

Das Thema war nicht neu und konnte entwickelt werden indem das Diktat der Bibel, das Denken der Kirchenväter und die Werke von Juristen verglichen wurden, die sich schon lange damit beschäftigt hatten. Gentili teilt nicht die Meinung derjenigen, die versuchen den Streit zwischen *forum internum* und *forum externum* zu schlichten, indem sie das zweite im ersten aufgehen lassen, und macht einen einzigen sicheren Bezugspunkt in der *lex civilis* aus; noch ist er mit denjenigen einverstanden, die die beiden Foren zwar getrennt halten, aber denjenigen im *forum externum* für nicht strafbar halten, der bei Anwesenheit einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung einen Mord begangen hat. Wenn man dieser Darstellung folgt, wäre die Tötung eines Räubers auf amtlichen Befehl im *forum externum* keine Straftat, während es im *forum internum* nötig wäre, die Gründe zu verstehen, die den Täter zu seiner Tat verleiteten, wie beispielsweise aus Spaß am Töten oder aus privater Rache, und in diesem Fall hätte der Täter eine Todsünde begangen. Für Gentili liegen die Dinge anders. Für den Juristen aus San Ginesio müssen *forum internum* und *forum externum*, Zivilgesetzgebung und Moralgesetzgebung eindeutig getrennt gehalten werden, und es kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass sie untereinander kontrastierende Verfügungen vorsehen können: denn es ist in der Tat nicht Aufgabe der *lex civilis* denjenigen frei von Sünde zu erklären, der sich einer Straftat schuldig macht («iam non praebet se reprehendendum ius civile: quod nec facit cedem a peccato immunem»). Moralische Vorschriften in die zivile Gesetzgebung aufzunehmen, oder so zu tun, als ob die zivilen Gesetze sich den moralischen Gesetzen soweit angleichen, dass sie zur Behauptung verleiten, eine Regelung, die es erlauben würde sich zu versündigen, wäre *impium*, war für Alberico nicht akzeptabel. *Forum internum* und *forum externum* sind strikt getrennt zu halten, genauso wie die zivilen und die moralischen Gesetze strikt getrennt zu halten sind; außerdem ist es ganz und gar undenkbar, dass sich ein Jurist mit der Seele oder mit Sünde befasse, und sich zu diesem letzte Zweck gar auf das kanonische Recht berufe: «Vox ea esset non Christiani, non Iustiniani, sed pecudis»!

Eine weitere aber keineswegs nebensächliche Frage, die Gentili aufgreift, betrifft das Verhältnis von Juristen und Theologen und ihr jeweiliges Fachwissen im Verhältnis zu den «Gesetzestafeln». Die Kompetenz des Juristen und des Theologen ist anhand der Subjekte zu untersuchen, unter denen eine Beziehung entsteht: daraus kann man ableiten, dass der Theologe für den ersten Teil des Dekalogs (Beziehung Gott/Mensch) zuständig ist, während der zweite, der die zwischenmenschlichen Beziehungen betrifft, nur Gegenstand des Eingriffs des Juristen sein kann. Das Ende von Kapitel VIII vom Ersten Buch des *De nuptiis* ist in dieser Hinsicht aufschlussreich: «Sic itaque in coniunctionem hominis cum homine incumbit iurisconsultus, in coniunctionem hominis cum Deo theologus».

Aber abgesehen davon, ist insbesondere die Dichotomie zwischen *forum internum* und *forum externum*, mit der wir uns im Vorausgehenden befasst haben, eine Trennung, die für Gentili deutliche Umrisse annimmt, die die Betätigungsfelder von Theologen und Juristen eingrenzt. Das lässt sich einem anderen Passus entnehmen, den Alberico ans Ende des Kapitels XII «De lege ultima secundae tabulae» stellt: «Ut humana dirigit lex scilicet ad actus externos, ac internos diuina. Ut iurisprudentiaest manifesti vindex, theologia etiam occulti. Quae Alciatus noster. Lex nostra non scrutatur conscientiam. Conscientia interior non pertinet ad legem humanam temporalem, nec ad ecclesiasticam. Nemo enim de ea iudicat, nisi solus Deus.Quae Baldus noster ...».

Im Lichte der Überzeugungen die im *De nuptiis* zum Ausdruck kommen, kann das *silete theologi in munere alieno* des *De iure belli* daher nicht als aprioristische Aufforderung an die Theologen verstanden werden, sich nicht länger mit dem Menschen und seinen Taten zu befassen, sondern als Ausdruck, der versucht deren Rolle zu definieren, indem sie mit jener der Juristen verglichen wird, die außerdem nicht übersehen können, was die Theologie seit Jahrhunderten zur Geschichte der Zivilisation beigetragen hat. Ersteren, den höchsten Interpreten der Heiligen Schrift steht das Verständnis der göttlichen Gebote zu, die das menschliche Handeln mit dem ausschließlichen Ziel regeln, deren Gewissen zu leiten («... solus ipse Deus obligat. Et soluit conscientias»; «Nemo enim de ea iudicat, nisi solus Deus»); den Juristen bleibt die Aufgabe «definire explicate quid in quaque quaestione est iuris»: ein Ausdruck der freilich in Anbetracht der Entwicklung von Gentilis Denken im Verhältnis zur Rolle und zur Methode des Juristen verständlich gemacht werden muss.

Im Unterschied zu den Theorien, die er 1582 in den *De iuris interpretibus dialogi* aufgestellt hatte (dort hatte er vertreten, dass dem Juristen die

Bücher der *civilis prudentia* genügten, während keine besondere Kenntnis des Lateinischen oder Griechischen, der Dialektik, der Geschichte oder anderer Disziplinen nötig wäre), sind die Prinzipien, die das menschliche Verhalten im *forum externum* regeln für Alberico nicht nur aus dem *Codex Iustinianus* und den anderen Rechtsquellen ableitbar, sondern auch aus den Ausarbeitungen, die die Rechtswissenschaft und die anderen Künste und Wissenschaften, die er noch vor Kurzem für überflüssig gehalten hatte, in ihrem Jahrhunderte währenden Entwicklungsprozess produziert hatten, der *aequum ab iniquo, iustum ab iniusto* trennen sollte und die Grundfesten erforschen sollte, auf denen das Bauwerk des menschlichen Zusammenlebens gegründet werden könnte.

Diese Rolle kann nicht länger dem Kanonisten oder dem Zivilrechtler anvertraut werden, da diese Unterteilung in einer Epoche mit starken politischen und religiösen Kontrasten inakzeptabel erscheint und – aus den oben dargelegten Gründen – noch weniger dem Theologen sondern allein dem *interpres iuris*. Dieser handelt jedoch nicht als einfacher Interpret des Iustinianischen Rechts («corruptus est usus disciplinae nostrae: qui non istam artem aequi, et boni, sed legum Iustinianicarum notitiam solam profitetur») sondern, im Lichte des Fragments von Ulpian (*Dig.* 1.1.1), das Alberico ausdrücklich zitiert und sich zu eigen macht, als *sacerdos iustitiae* («Ita nostra philosophia Iustinianismus non est, sed 'ars boni et aequi, cuius merito quis nos sacerdotes appellat, iustitiam namque colimus: et boni et aequi notitiam profitemur: aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes'...»), der als einziger in der Lage ist, sich als «Mittelsmann und Übersetzer ..., als notwendiger Vermittler zum Verständnis des Rechts in seiner höchsten und unantastbaren Dimension» anzubieten.

Der Jurist aus San Ginesio präsentiert sich beim Redigieren seiner letzten Werke, als Erbe der universalistischen Tradition des gemeinen Rechts und gleichzeitig als Vermittler der Erneuerung der Rechtswissenschaft, die dem neuen Jahrhundert entgegenblickt: die Suche nach der Gerechtigkeit, ist nicht länger exklusiv das Ergebnis einer evolutiven Interpretation des Iustinianischen Rechts, sonder das Ergebnis einer hermeneutischen Anstrengung des Juristen, der sich dank des inzwischen enzyklopädischen Wissens effektiv als einziger Intellektueller vorstellen kann, der in der Lage ist, universal gültige Prinzipien aufzustellen.

*Übersetzung von Friederike Oursin*

## 2.

## *L'Impero / Das Reich*

# Die Rechtsgrundlagen von Königtum und Herrschaft in der Gegenüberstellung von «Sachsenspiegel» und «Buch'scher Glosse»

von *Bernd Kannowski*

## 1. *Thema und Fragestellung*

Ich möchte im Folgenden zwei einerseits miteinander verwandte, andererseits unterschiedliche Rechtsquellen behandeln. Zum einen geht es um den *Sachsenspiegel*[1]. Der rechtskundige Eike von Repgow verwirklichte um 1230 sein Ziel, das gesamte zu seiner Zeit geltende Recht festzuhalten[2]. Der Sachsenspiegel enthält die erste Aufzeichnung sächsischen Rechts nach der Zeit der Leges. Nach einem jahrhundertelangen Schweigen der Quellen tritt uns hier erstmals eine mittelalterliche Rechtsordnung umfassend entgegen.

Eine ganz andere Art von Quelle ist die *Buch'sche Glosse*[3]. Zwar besteht eine enge Verbindung mit dem *Sachsenspiegel* darin, dass die *Buch'sche* Glosse nichts anderes ist als ein Kommentar dazu. Aus dem Entstehungshintergrund sowie dem zeitlichen Abstand ergeben sich aber grundlegende Unterschiede. Die *Buch'sche Glosse* entstand etwa 100 Jahre später. Der

[1] Hier verwendete Ausgabe: C.[arl] G.[ustav] HOMEYER, *Des Sachsenspiegels Erster Theil, oder das Sächsische Landrecht, nach der Berliner Handschrift v. J. 1369* (künftig *Ssp. Ldr.*), Berlin 1861[3]. Die ersten beiden Bücher des Sachsenspiegellandrechts liegen jetzt in italienischer Übersetzung von: EIKE VON REPGOW, *Lo specchio dei Sassoni di Dresda. Diritto territoriale*, I, II. Introduzione, traduzione, glossario di E. Appari, 2 Bde., Palermo 2009-2010.

[2] Nachweise der umfassenden Forschungsliteratur zum *Sachsenspiegel* bei G. KISCH, *Sachsenspiegel-Bibliographie*, in «Zeitschrift der Savigniy-Stiftung für Rechtsgeschichte/ Germanistische Abteilung» (künftig «ZRG/GA»), 90, 1973, S. 73-100; U.-D. OPPITZ, *Deutsche Rechtsbücher des Mittelalters*, Bd. 1: *Beschreibung der Rechtsbücher*, Köln - Wien 1990, S. 87-94; H. KÜMPER, *Sachsenspiegel. Eine Bibliographie mit einer Einleitung zu Überlieferung, Wirkung und Forschung*, Nordhausen 2004.

[3] Edition F.-M. KAUFMANN (Hrsg.), *Glossen zum Sachsenspiegel-Landrecht. Buch'sche Glosse* (künftig *BG*), (MGH, *Fontes Iuris Germanici Antiqui*, NS 7) 3 Bde., Hannover 2002.

brandenburgische Jurist Johann von Buch[4], der im Jahr 1305 in den Matrikeln von Bologna auftaucht[5], erstellte die *Buch'sche Glosse* um das Jahr 1325. Sein Bestreben geht dahin, Widersprüche zwischen dem *Sachsenspiegel* und dem römischen sowie kanonischen Recht auszuräumen. Er möchte die Autorität des *Sachsenspiegels* vor allem vor kirchlichen Gerichten stärken, indem er seine Geltung mit Zitaten aus dem gelehrten Recht untermauert[6]. An der Bezeichnung «gelehrtes Recht» will ich trotz der Bedenken von Pennington[7] festhalten. Die Bezeichnung «gelehrtes Recht» zielt nicht darauf ab, dass studierte Juristen beabsichtigt hätten, ihre einfältigen Leser mit ihren Ausführungen akademisch zu überfordern[8]. Im Mittelpunkt steht vielmehr, dass dieses Recht (was es von vorherigem unterscheidet) an Universitäten gelehrt wird und eine dort erhaltene Ausbildung (anders als zuvor) essentiell für den professionellen Umgang mit Recht wird. Das legt die Grundlage für einen Juristenstand bzw. -beruf im heutigen Sinne und das Selbstverständnis der Jurisprudenz als einer Wissenschaft. Für mein Thema ist das ein wichtiger Punkt, denn gerade hierin liegt ein grundlegender Unterschied zwischen Eike von Repgow und Johann von Buch.

Aus diesen beiden unterschiedlichen Ansätzen der Autoren Eike für den *Sachsenspiegel* und Johann für die Buch'sche Glosse ergeben sich im Hinblick auf die Rechtsgrundlagen von Königtum und Herrschaft sowohl in der Darstellung als auch im Ergebnis neben Gemeinsamkeiten auch einige Differenzen. Darauf möchte ich im Folgenden eingehen.

[4] Zur Person H. LÜCK, *Johann von Buch (ca. 1290 - ca. 1356) – Stationen einer juristisch-politischen Karriere,* in «ZRG/GA», 124, 2007, S. 120-143.

[5] *Acta Nationis Germanicae Universitatis Bononiensis*, ediderunt ERNESTUS FRIEDLAENDER et CAROLUS MALAGOLA, Berlin 1887, S. 58 Z. 21 («Item Iohannes de Buch XVI solidos») = Archivio storico dell'Università di Bologna, *Archivio della Natio Germanica*, Annales liber primus, fol. 30v.

[6] Glossenprolog V. 197-208, *BG*, S. 103.

[7] K. PENNINGTON, *Besprechung* zu B. KANNOWSKI, *Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts durch die Buch'sche Glosse* (MGH, *Schriften*, 56), Hannover 2007, S. 249 f., in «Speculum», 84, 2009, S. 1067.

[8] «It would be silly to describe American common law regularly (or the *Bürgerliches Gesetzbuch*) as 'school law', with the implication that it is foreign and unknown to the lawyers who work in the trenches. When Buch and his successors included thousands of references to canon, Roman, and feudal law in their glosses, they did not smile grimly to themselves at the thought of how flummoxed their benighted readers would be ...», K. PENNINGTON, *Besprechung*, S. 1067.

## 2. «*Sachsenspiegel*»

Ursprünglichster Rechtsgrund des Königtums ist nach dem *Sachsenspiegel* eine biblische Geschichte aus dem Buche Daniel. Es geht um einen Traum des babylonischen Herrschers Nebukadnezar, den der Prophet Daniel als einen Traum von vier Weltreichen deutet[9]. Diese Geschichte nimmt Eike von Repgow auf. Zu Babylon sei das Weltreich entstanden, Cyros habe es zerstört und die Weltherrschaft auf die Perser übertragen, diese habe Alexander der Große besiegt und das Weltreich an die Griechen gebracht, denen es Julius Cäsar dann abgerungen und auf die Römer übergeleitet habe. Dieses vierte Weltreich besteht in den Augen Eikes von Repgow bis in seine Zeit[10]. Auf Grundlage dieses alttestamentlichen Hintergrunds erscheinen die mittelalterlichen deutschen Kaiser als Nachfolger der römischen. Mehr als vier aufeinander folgende Weltreiche kann es nach der Geschichte aus dem Buche Daniel ja nicht geben. Genau gesagt gibt es für Eike von Repgow sogar nur das eine Weltreich (*dat rike*), das auf vier verschiedene Völker mit ihren Herrschern übertragen wird und dann eben bis zum Jüngsten Tag nicht mehr. Eike stellt sich also ein einziges Reich vor, dass die ganze ihm bekannte Welt umspannt. Die Aufeinanderfolge seiner vier Erscheinungsformen ist für ihn die Erfüllung einer Offenbarung des Propheten Daniel aus dem alten Testament.

Wie bestimmt sich der König dieses Reiches? Von einer dynastischen Grundlage des Königtums will Eike nichts wissen. In knappen und klaren Sätzen spricht er von einem reinen Wahlkönigtum. Einer seiner Sätze mutet in seiner egalitären und auf allgemeine Mitbestimmung gerichteten Formulierung überraschend modern an: «Die Deutschen sollen ihrem Recht entsprechend den König wählen»[11]. Eike erläutert nicht näher, wer mit «die Deutschen» gemeint ist. Und auch über die Qualifikation des Kandidaten erfahren wir kaum etwas. Weder verkrüppelt noch exkommuniziert oder rechtlos dürfe er sein. Darüber hinaus müsse er frei und

[9] Daniel 2.

[10] *Ssp. Ldr.*, III 44 § 1: «To babilonie irhuf sik dat rike, die was geweldich over alle land, die tovurde cyrus unde wandelde dat rike in persiam; dar stunt it bit an darium den lesten, den versegede alexander unde karde't an krieken; dar stunt it also lange, went is sik rome underwant unde julius keiser wart. Noch hevet rome behalden dar von dat werltlike sverd, unde von sente peteres halven dat geistlike, dar umme het sie hovet aller werlde».

[11] Dazu jetzt P. LANDAU, *Eike von Repgow und die Königswahl im Sachsenspiegel*, in «ZRG GA», 125, 2008, S. 18-49, insbesondere S. 3 ff., mit umfassendem Überblick über die ältere Literatur.

ehrlich geboren sein. Und das ist alles. Nimmt man das wörtlich, so kamen ziemlich viele als Kandidat in Frage, und alle Deutschen durften wählen.

Das entspricht natürlich nicht der mittelalterlichen Realität. Und Eikes Formulierung «frei geboren» meint in einem mittelalterlichen Sinn bestimmt auch eine gewisse Verbindung zum Hochadel[12]. Nach dem *Sachsenspiegel* ist der König der höchste Richter und Lehnsherr. Er allein hat das Recht, körperliche Strafen und sogar die Todesstrafe über alle herrschenden Adligen zu verhängen[13]. Im Ergebnis heißt das, dass nicht etwa «alle Deutschen» an der Königswahl teilnahmen, sondern nur ihre Fürsten. Aber dennoch: Bei Eikes Formulierung «die Deutschen sollen wählen» scheinen ältere Vorstellungen mitzuschwingen, nach denen das Wahlrecht auf alle freien bzw. waffenfähigen Männer ausgedehnt war. Dieses Verständnis der Sachsenspiegelstelle ergibt sich jedenfalls bei einem Blick in die *Buch'sche Glosse*. Johann kommentiert die Stelle «die Deutschen sollen dem Recht entsprechend ihren König wählen» wie folgt: Diese Regelung habe Karl der Große bei den Deutschen eingeführt. Er habe dabei eine Tradition des römischen Heeres aufgegriffen. Dort hätten die Soldaten auf einem Feldzug ihren König selbst gewählt. Das sei für die Armee lebensnotwendig gewesen, denn wenn der König auf dem Feldzug starb, wäre das Heer im fremden Land ohne Führung gewesen. Als Karl der Große nun gesehen habe, wie mutig und gehorsam die Deutschen als königliche Armee waren, habe er ihnen das gleiche Recht gewährt wie die römischen Soldaten es hatten und ihnen erlaubt, selbst ihren König zu wählen.

Ich habe im Vorhergehenden an einer Stelle die Begriffe «König» und «Kaiser» parallel und bedeutungsgleich verwendet. Das tut Eike von Repgow auch. Im *Sachsenspiegel* ist allerdings sehr viel häufiger vom «König» als vom «Kaiser» die Rede. Der *Sachsenspiegel* besteht aus zwei Teilen, dem Landrecht und dem Lehnrecht. In der von mir verwendeten

[12] Dazu B. KANNOWSKI, *The Impact of Lineage and Family Connections on Succession in Medieval Germany's Elective Kingdom*, in F. LACHAUD - M. PENMAN (Hrsg.), *Making and Breaking the Rules. Succession in Medieval Europe, c. 1000 - c. 1600* (Histoires de famille. La parenté au Moyen âge, 9), Turnhout 2008, S.13-22, hier S. 14.

[13] *Ssp. Ldr.*, III 52 § 2: «Den koning küset man to richtere over egen unde len unde over iewelkes mannes lif. Die keiser ne mach aver in allen landen nicht sin, unde al ungerichte nicht richten to aller tiet, dar umme liet he den vorsten grafscap unde den greven scultheitdum»; III 55 § 1: «Over der vorsten lif unde ire gesunt ne mut neman richtere sin, wan die koning»; III 58 § 1: «Des rikes vorsten ne solen nenen leien to herren hebben, wen den koning».

Ausgabe[14] kommt im Landrecht das Wort «König» (*koning*) 93 Mal vor[15], das Wort «Kaiser» (*keiser*) hingegen nur 15 Mal[16]. Im Lehnrechtsteil erscheint das Wort «König» 16 Mal[17], das Wort «Kaiser» hingegen gar nicht. Mit einem Verhältnis von insgesamt 109 zu 15 ergibt sich daraus eine deutliche Präferenz für «König». Irgendeine Regelhaftigkeit dafür, wann Eike welche Bezeichnung verwendet, vermag ich nicht zu erkennen. Seine Auswahl der Bezeichnung scheint weitgehend zufällig oder beliebig zu sein. Eike weiß aber, dass ein Unterschied besteht und hat auch eine klare Vorstellung davon: «Sobald er von den Bischöfen, die dazu bestimmt sind, geweiht wird und den Thron zu Aachen besteigt, hat er königliche Gewalt und königlichem Namen. Sobald ihn der Papst weiht, hat er Gewalt über das Reich und kaiserlichen Namen»[18].

Damit komme ich zu einem entscheidenden Punkt, der in meiner Darstellung auch am Anfang hätte stehen können. Jedenfalls tut er das bei Eike von Repgow. Es geht um das Verhältnis von weltlicher und geistlicher

[14] Siehe oben Anm. 1.

[15] Rein zahlenmäßige Auflistung ohne Rücksicht darauf, in welchem Zusammenhang das Wort «koning» erscheint, in welchem Fall es steht und ob es einzeln oder verbunden mit anderen Worten gebraucht wird (häufig ist «koninges ban», «Königsbann»): Erstes Buch: I 2 § 2 (koninges banne); I 3 § 2; I, 21 § 1 (koninges ban); I 34 § 3; I 35 § 1 (koningliken); I 38 § 2 (koningliken 3x); I 38 § 3; I 58 § 2 (3x); I 59 § 1 (koning 1x, koninge 1x, koninges ban 1x, koninges banne 3x); I 59 § 2 (koninges banne); I 63 § 1 (koninges strate) § 2 (koninges ban); I 67 § 1 (koninges banne); I 71 (koninges achte). Zweites Buch: II 12 § 3 (koninges banne, koninges ban), § 4 (3x), § 6 (koninges ban), § 12, § 13 (koninges banne); II 16 § 4 (koninges malder); II 25 § 2; II 26 § 4; II, 59 § 3 (koninges strate); II 61 § 2 (koninges banne, koninges ban); II 66 § 1 (koninges strate). – Drittes Buch: III 2 (koninges dagelikes); III 7 § 3 (koning 1x, koninges vrede); III 18 § 2 (koninges banne); III 26 § 1; III 33 § 1, § 2, § 5; III 34 § 1 (koninges achte, koning 1x, koninges brief); III 52 § 1 (koning, koninglike, koningliken), § 2; III 53 § 1 (koningrike), § 3; III 54 § 1, § 2, § 3 (2x), § 4 (2x); III 55 § 1; III 56 § 1; III 57 § 2 (2x); III 58 § 1, § 2; III 60 § 2, § 3 (2x koning, 1x koninges); III 62 § 1; III 63 § 1, § 2 (koninges); III 64 § 1, § 2, § 4 (koninges banne, koninge), § 5 (koninges ban 2x, koning 2x), § 6 (koninges banne), § 9 (koninges ban); III 69 § 1 (koninges banne); III 70 § 1 (koninges banne); III 78 § 1, § 2; III 80 § 1, § 2; III 81 § 1 (koning, koninges ban); III 88 § 1 (koninges hulden).

[16] I 1 (3x); I 38 § 3; II 66 § 1 (keiserlike); III 42 § 5; III 44 § 1; III 52 § 1 (keiserliken), § 2, § 3; III 53 § 1; III 57 § 1, § 2; III 59 § 2; III 60 § 1.

[17] 1; 4 § 2 (2x); 4 § 3; 20 § 5; 25 § 3; 68 § 8; 69 § 8 (2x); 71 § 2; 71 § 3; 71 § 5; 71 § 21; 72 § 1 (3x).

[18] «Svenne die gewiet wert von den bischopen die dar to gesat sin, unde uppe den stul to aken kumt, so hevet he koninglike walt unde koningliken namen. Svenne in die paves wiet, so hevet he des rikes gewalt unde keiserliken namen», *Ssp. Ldr.*, III 52 § 1 Satz 2.

Macht. Das ist für Eike so wichtig, dass er sich gleich zu Anfang des Sachsenspiegels im allerersten Artikel des Landrechts damit beschäftigt[19]. Hier formuliert er die Zweischwerterlehre, wobei Kaiser und Papst für ihn gleichberechtigt nebeneinander stehen. In den Illustrationen aus den Bilderhandschriften lässt sich das ersehen[20]. Gott reicht dem Papst und dem Kaiser gleichzeitig ein Schwert. Er reicht nicht etwa, was einer papstfreundlichen Variante der Zweischwerterlehre entsprochen hätte, nur dem Papst die zwei Schwerter, woraufhin dieser dann eines an den Kaiser weiterreicht. Das Nebeneinander von Kaiser und Papst ist für Eike von Brüderlichkeit geprägt, wobei der Kaiser allerdings den Papst durch Stratordienst Ehrerbietung zu erweisen hat. Außerdem kann der Papst den Kaiser bannen[21], was umgekehrt nicht der Fall ist.

Das Verhältnis von Kaiser und Papst ist für Eike demnach zentral. Ganz unwichtig scheint für ihn demgegenüber die Frage der Gesetzgebung zu sein. Über diesen auf Jean Bodin zurückgehenden[22], für den modernen Souveränitätsbegriff so wichtigen Punkt verliert Eike nicht ein einziges Wort. Von Gesetzgebungskompetenz, überhaupt von der Schaffung neuen Rechts[23], ist im *Sachsenspiegel* jedenfalls für den aktuellen König nirgendwo

[19] *Ssp. Ldr.*, I 1: «Tvei svert lit got in ertrike to bescermene de kristenheit. Deme pavese is gesat dat geistlike, deme keisere dat wertlike. Deme pavese is ok gesat to ridene to bescedener tiet up eneme blanken perde unde de keiser sal ime den stegerep halden, dur dat de sadel nicht ne winde. – Dit is de beteknisse, svat deme pavese widersta, dat he mit geistlikeme rechte nicht gedvingen ne mach, dat it de keiser mit wertlikem rechte dvinge deme pavese gehorsam to wesene. So sal ok de geistlike gewalt helpen deme wertlikem rechte, of it is bedarf».

[20] Dargestellt in einer Illustration aus der *Wolfenbütteler Bilderhandschrift*, Abbildung auf folgender Seite. Auch abgedruckt in EIKE VON REPGOW, *Die Wolfenbütteler Bilderhandschrift*, Cod. Guelf. 3.1 Aug 2°. Faksimile, hrsg. von R. SCHMIDT-WIEGAND, Berlin 1993. In der *Dresdener Bilderhandschrift* (Vollständige Faksimile-Ausgabe im Originalformat des Dresdner *Sachsenspiegels*, Mscr. Dresd., M 32 der Sächsischen Landes- und Universitätsbibliothek Dresden, Codices selecti 107, Graz 2002) fol. 4r. In der *Oldenburger Bilderhandschrift*, fol. 6v, R. SCHMIDT-WIEGAND (Hrsg.), *Der Oldenburger Sachsenspiegel.* Vollständige Faksimileausgabe im Originalformat des *Codex picturatus Oldenburgensis* CIM 410 der Landesbibliothek Oldenburg. Faksimile, Graz 1995.

[21] *Ssp. Ldr.*, III 57 § 1: «Den keiser ne mut de paves noch neman bannen seder der tiet dat he gewiet is, ane umme dre sake: of he an'me geloven tviflet, oder sin echte wif let, oder godes hus tostoret».

[22] J. BODIN, *Les Six Livres de la République*, I.10.

[23] Erwähnt für eine Dorfgemeinschaften (*Ssp. Ldr.*, II 55: «Svat so die burmester schept des dorpes vromen mit wilkore der merren menie der bure, dat ne mach die minre deil nicht wederreden»).



*Wolfenbüttler Bilderhandschrift*, Gott reicht Papst und Kaiser gleichzeitig ein Schwert (Herzog August Bibliothek Wolfenbüttel, Signatur: Cod. Guelf. 3.1 Aug. 2°, fol. 10r, Detail).

die Rede[24]. Der Sachsenspiegel stellt nach der Darstellung Eikes von Repgow die Aufzeichnung schon lange geltender Rechtsgewohnheit und

[24] Rechtssetzungsbefugnis des Papstes wird nur einmal im Zusammenhang mit einem anderen Problem (Konflikt von sächsischem und päpstlichem Recht) erwähnt, *Ssp. Ldr.*, I 3 § 3: «... wende de paves ne mach nen recht setten, dar he unse lantrecht oder lenrecht mede ergere».

keineswegs eine Rechtssetzung Eikes dar. «Dieses Recht habe ich selber nicht erdacht / es haben von alters her an uns gebracht / unsere guten Vorfahren»[25]. Wenn man eine Stelle aus Eikes Reimvorrede auswendig kennt, dann ist es wohl diese. Das Alter des Rechts ist ein prägender Punkt für Eikes Gerechtigkeitsvorstellung. Ein einziges Mal stellt er sich im *Sachsenspiegel* offen gegen zu seiner Zeit geltendes Recht. Das tut er an der berühmten Freiheitsstelle[26]. Leibeigenschaft sei falsch, weil sie gegen Gottes Verbot verstoße. Und nicht nur das: «Als man zum ersten Mal Recht setzte, da gab es keine Dienstmannen und da waren alle Leute frei ...»[27]. Verstoß gegen altes Recht ist also ein Argument dafür, dass das neu gesetzte falsch sei.

Eikes *Sachsenspiegel* ist in meinen Augen ganz weitgehend Ausdruck einer bislang nur oral tradierten Rechtskultur. Ich meine nach wie vor nicht, dass Eikes Aussage, er habe das Recht des *Sachsenspiegels* nicht selbst erdacht, als reine Bescheidenheitsformel zu deuten ist[28]. Auch glaube ich nicht, dass die Aussage, der *Sachsenspiegel* habe primär aus mündlicher Rechtstradition geschöpft, nichts als ein Mythos ist, von dem wir uns verabschieden sollten[29]. Diese Ansicht hat vor kurzem Christa Bertelsmeier-Kierst in ihrer Arbeit über die Verschriftlichung von Recht im 13. Jahrhundert geäußert[30], und auch Peter Landau ist im Hinblick auf den oralen Hintergrund Eikes von Repgow äußerst skeptisch[31].

[25] «Diz recht ne han ich selve nicht underdacht; iz haben von aldere an unsich gebracht / Unse gute vore varen», C.[arl] G.[ustav] HOMEYER, *Des Sachsenspiegels Erster Theil, oder das Sächsische Landrecht, Reimvorrede* (künftig *Ssp. Reimvorrede*), V. 151-153.

[26] Dazu H. KOLB, *Über den Ursprung der Unfreiheit – Eine Quaestio im Sachsenspiegel*, in «Zeitschrift für deutsches Altertum und deutsche Literatur» (künftig «ZfdA»), 103, 1974, S. 289-311.

[27] *Ssp. Ldr.*, III 42 § 3: «Do man ok recht irst satte, do ne was nen dienstman unde waren al die lude vri ...».

[28] Anderer Ansicht P. LANDAU, *Der Entstehungsort des Sachsenspiegels. Eike von Repgow, Altzelle und die anglonormannische Kanonistik*, in «Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters» (künftig «DA»), 61, 2005, S. 73-101, hier S. 100; DERS., *Eike von Repgow und die Königswahl im Sachsenspiegel*, in «ZRG GA», 125, 2008, S. 18-49, hier S. 49; C. BERTELSMEIER-KIERST, *Kommunikation und Herrschaft. Zum volkssprachlichen Verschriftlichungsprozess des Rechts im 13. Jahrhundert* (Zeitschrift für deutsches Altertum und deutsche Literatur, Beihefte 9), Stuttgart 2008, S. 87.

[29] Anderer Ansicht C. BERTELSMEIER-KIERST, *Kommunikation und Herrschaft*, S. 91.

[30] *Ibidem*, S. 87, 91.

[31] P. LANDAU, *Der Entstehungsort des Sachsenspiegels*, S. 100.

Mir fehlt hier die Zeit, mich mit diesen grundlegenden Fragen *en detail* auseinanderzusetzen. Nur soviel will ich jetzt sagen: Wenn es tatsächlich nicht in erster Linie Eikes Anliegen war, von den guten Vorfahren althergebrachtes Recht aufzuschreiben, muss ziemlich viel an seiner Reimvorrede formelhaft sein, also an den wahren Verhältnissen vorbeigehen. Wenn Eike ein Befürworter von Rechtserneuerung ist, wieso wünscht er dann jedem die Pest an den Hals, der es wagt, den *Sachsenspiegel* um Zusätze zu vermehren[32]? Wenn Eike meint, er habe gesetztes und aufgrund hoheitlicher Autorität geltendes Recht zusammengetragen, wieso räumt er dann ein, er könne in seiner Beschränktheit Rechtsprobleme übersehen oder gar Fehler gemacht haben[33]? Eike sagt, wenn weise Leute eine bessere Antwort wüssten als er, solle man sich danach und nicht nach seinem *Sachsenspiegel* richten[34]. Der Gedanke, ein Text könne verbindlich über Recht und Unrecht entscheiden, ist Eike demnach fremd[35]. Das spricht für eine orale Rechtskultur als Grundlage des *Sachsenspiegels.*

[32] *Ssp. Reimvorrede*, V. 221-237: «Groz angest get mich an; / ich vorchte sere, daz manich man / diz buch wille meren, / unde beginne recht verkeren, / Unde tzie des an mich; / so weiz mich got unscüldich, / den da neman kan triegen, / der witze daz se liegen, / des ne kan ich nicht bewaren: alle de unrechte varen/ unde werben an dissem buche, / den sende ich disse vluche, / unde de valsch hir zu scriben, / de meselsucht müze in bekliben, / alse se jezi tete / von heliseus gebete, / Dar af naaman wart irlost». G. THEUERKAUF, *Geschichte in Rechtsaufzeichnungen: Sachsenspiegel und Magdeburger Rechtskreis*, in H.-W. GOETZ (Hrsg.), *Hochmittelalterliches Geschichtsbewusstsein im Spiegel nichthistoriographischer Quellen*, Berlin 1998, S. 201-216, hier S. 216 hat auf diese Spannung zwischen Beharrung und Neuerung hat hingewiesen.

[33] «Gute lüte mane ich darzo, / ob iz imber kome also, / Daz en bejegene itteswat, / daz min tumbe sin vermeden hat / Unde dar diz buch nicht abe en lere, / daz manlich sinen vliz darzu kere, / Wie man iz na rechte besceide», *Ssp. Reimvorrede*, V. 141-147. «Dat ik recht unde unrecht der sassen besceide nach godes hulden unde na der werlde vromen. Des ne kan ik al eine nicht dun. Dar umme bidde ik to helpe alle gude lüde die rechtes geret, of in ienich rede bejegene, de min dumme sin vermide unde dar dit buk nicht af ne spreke, dat se dat na rechte besceiden na irme sinne, so sie't rechtes weten», *Ssp. Ldr.*, *prologus.*

[34] «Sver an dissem buche / vrage rede suche, / Ob ime dar an icht missehage, / des ne tu er zu hant necheine clage, / unde wege de sache an sineme sinne / na dem ende unde na deme beginne, / Unde ervrage sich mit wisen lüten, / de die warheit künnen bedüten / Unde ouch haven die siete, / daz se recht sin da mite; / Ob er an in dan / ein rechtere irvaren kan, / Ich rate ime daz er alebalde/ sich dar an gehalde, / wende vil wiser lüte leren, / die'z an gut keren, / Is bezzere denne min eines si», *Ssp. Reimvorrede*, V. 195-211.

[35] *Ssp. Reimvorrede*, V. 1 ff., 17 ff., 57 ff., 91 ff. Vgl. B. KANNOWSKI, *Der Sachsenspiegel und die Buch'sche Glosse – Begegnung deutschrechtlichen und romanistischen Denkens?*, in G. DILCHER - E.-M. DISTLER (Hrsg.), *Leges – Gentes – Regna. Zur Rolle von germanischen Rechtsgewohnheiten und lateinischer Schrifttradition bei der Ausbildung der frühmittelalterlichen Rechtskultur*, Berlin 2006, S. 503-521, hier S. 521.

Und auch wenn Eike von Repgow über mehr akademische Bildung verfügte als bisher angenommen, auch wenn er in größerem Umfang als bisher bekannt schriftliche Vorlagen für den *Sachsenspiegel* verwendete: Das heißt nicht, dass er auch gelehrtes Recht wiedergibt. Es geht nicht darum, ob Eike gelehrt ist sondern darum, ob sein Werk es ist. Ob die Auffassung, der *Sachsenspiegel* basiere vornehmlich auf mündlicher Rechtstradition falsch ist oder nicht hängt nicht von der Gelehrtheit Eikes ab sondern davon, was im *Sachsenspiegel* steht. Entscheidend ist, ob sich hier Spuren gelehrten Rechts finden, die das ganz andere, sachsenspiegeltypische Element in den Hintergrund treten lassen. Im Hinblick auf diesen in meinen Augen durchschlagenden Punkt liefern Landau und Bertelsmeier-Kierst keine überzeugenden Argumente. Hier will ich nur den für diese Beobachtung im Vordergrund stehenden Punkt der Gesetzgebung aufgreifen: Bertelsmeier-Kierst verweist für die Behauptung, Eike greife nachhaltig auf die jüngere Friedensgesetzgebung zurück, auf folgende Passage: «Nun hört über den alten Frieden, der dem Land Sachsen kraft der kaiserlichen Macht und mit Zustimmung der Ritter des Landes bestätigt worden ist»[36]. Erstens ist nicht klar, welchen Landfrieden Eike hier aufnehmen will, weil als schriftliche Vorlage zwei in Betracht kommen[37]. Das spricht eher dafür, dass Eike aus der Erinnerung schreibt als für das Kopieren einer Vorlage. Ein weiterer Punkt ist, dass Eike von mehreren möglichen Einleitungsformeln zu Landfrieden[38] gerade diejenige herausgreift, in der von einem «alten Frieden» die Rede ist. Es geht also nicht um Gesetzgebung eines aktuellen Herrschers, sondern um Bestätigung eines Friedens aus alter Zeit mit der «kaiserlichen Gewalt». Dabei wird nicht gesagt, welcher Kaiser gehandelt haben soll. Der ursprüngliche alte Frieden, von dem hier die Rede ist, wird von der *Buch'schen Glosse* auf Karl den Großen zurückgeführt[39]. Johann von Buch bringt also diese

[36] *Ssp. Ldr.*, II 66 § 1: «Nu vernemet den alden vrede, den die keiserlike gewalt gestedeget hevet deme lande to sassen, mit der guden knechte wilkore von deme lande».

[37] *Renovatio Pacis Antiquae Saxonicae* (1223 Mai), MGH, *Const.* II, Nr. 280; *Pax Generalis* (? 1224 Juli), MGH, *Const.* II., Nr. 284. Inhaltliche Parallelen dieser beiden Landfrieden mit dem Sachsenspiegel sind, wie auch ein Blick auf die nachfolgenden Artikel ergibt, durchaus naheliegend. Sie sind in einer Gegenüberstellung am Ende dieses Beitrags wiedergegeben.

[38] «Hec est forma pacis antique quam dominus imperator precepit renovari» (Mai 1223), MGH, *Const.* II, Nr. 280; «Hec est forma pacis quam dominus noster rex Henricus apud wirzeburg cum principibus ordinavit et iurari fecit» (Juli 1224), MGH, *Const.* II, Nr. 284.

[39] «Dat is de vrede, de sik in sassenlande irhoff, do sik de Sassen bekereden van vnghelouen vnde boser wonheid to deme ghelouen vnde guder wonheit», II 66 «Nu vornemet»

Landfriedensstelle mit im Nebel der Vergangenheit verschwundener Gesetzgebung in Verbindung und keineswegs mit konkreten Herrschern zu Zeiten Eikes. Das ist jedenfalls der Eindruck, den diese Sachsenspiegelstelle ca. 100 Jahre nach ihrer Entstehung bei Johann hinterließ. Ich glaube, so war sie auch von Eike gemeint.

Eike schließt königliche Gesetzgebung demnach zwar nicht komplett aus, doch gehört diese bei ihm einer sagenumwobenen Vergangenheit an. Die erzchristlichen Kaiser Konstantin und Carolus Magnus nennt er als legendäre Gesetzgeber. Diese Gesetzgebung aber sieht er als längst abgeschlossen an, denn «noch immer [leitet das Land Sachsen von ihnen] sein Recht her ...»[40]. Der aktuelle König ist für ihn – wie gesagt – ein Richter, und zwar überall der höchste, aber kein Gesetzgeber[41]. Der König ist Bewahrer des Rechts, nicht sein Schöpfer. Wenn im Lehnrecht des *Sachsenspiegels* steht, alles Land- und Lehnrecht habe seinen Anbeginn beim König, so ist das allein die Begründung dafür, dass er der höchste Richter ist und weiter nichts[42]. Eine Trennung von «Recht» und «Gericht» ist hier überhaupt nicht erkennbar.

Dass das so ist zeigt sich auch an dem letzten, aber keineswegs unbedeutendsten Punkt, den ich bei Eikes *Sachsenspiegel* behandeln will. Ich meine die Frage nach dem Widerstandsrecht. Sie ist für das Verhältnis von Herrschaft und Recht überaus aussagekräftig. Modern gesprochen geht es um das Spannungsverhältnis von positivem Recht und Naturrecht. Aber auch mittelalterliche Verhältnisse lassen sich mit diesem Ansatz beschreiben. Vielleicht funktioniert das für das Mittelalter sogar

(*BG*, S. 893 Z. 5-7). Karl der Grosse ist es, der aus Eikes und Johanns Sicht die Sachsen christianisiert und ihnen in diesem Rahmen neues Recht gegeben hat, *Ssp. Ldr.*, I 18 nebst Glosse. Dazu B. KANNOWSKI, *Begegnung deutschrechtlichen und romanistischen Denkens?*, S. 506 ff.

[40] *Sachsenspiegel, Textus prologi*, a.E.: «Nu aver we bekart sin unde uns got weder geladet hevet, nu halde we sine e unde sin gebot, dat sine wiessagen uns geleret hebbet unde geistlike gude lüde, unde ok kerstene konige gesat hebbet: Constantin unde karl, an den sassen land noch sines rechten tiüt».

[41] W. EBEL, *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland* (Göttinger rechtswissenschaftliche Studien, 24), Göttingen 1958², S. 13.

[42] *Sachsenspiegel*, Tl. 2: *Lehnrecht*, hrsg. von K.A. ECKART (MGH, *Fontes iuris Germanici antiqui*, NS 1), Göttingen 1956, 69 § 8: «Wirt en ordel gesculden umme len dat des herren egen is, man sal dar mede uppe't leste vor dat rike tien; wen die koning is to richtere gekoren over jewelkes mannes hals unde over egen unde over len. Dar umme so hevet al lantrecht unde lenrecht begin an ime, wende die herschilt an ime begint».

besonders gut. Fritz Kerns Buch von 1914[43] hat jedenfalls eine gewisse Berühmtheit erlangt.

Welche Position zum Widerstandsrecht vertritt nun Eike von Repgow? In einer vielbeachteten Stelle des *Sachsenspiegels* sagt er, jeder Lehnsmann dürfe seinem Richter wie auch seinem König Widerstand gegen Unrecht leisten und in jeder nur erdenklichen Weise helfen, es abzuwehren[44]. Der König ist also für Eike zwar oberster Richter, doch steht er unter dem Recht[45]. Man darf ihm in jeder erdenklichen Weise – das heißt auch mit Gewalt – Widerstand leisten, wenn er dagegen verstößt. Der König ist demnach an das Recht gebunden. Also noch einmal: Der König ist Bewahrer des Rechts, nicht sein Schöpfer.

### 3. *«Buch'sche Glosse»*

Ich will nun auf das Werk Johanns von Buch eingehen, für das sich ein ganz anderes Bild ergibt. Bei Johanns Kommentierung der Vier-Reiche-Geschichte tritt hervor, wie eng Königtum und Gesetzgebung für ihn miteinander verbunden sind. Hieran zeigt sich etwas, das sich in der Zeit zwischen Eike und Johann in ganz Europa vollzieht. In seinem Werk über die Ideengeschichte der Gesetzgebung spricht Sten Gagnér es aus: «Der König ist zum Gesetzgeber geworden». Seine Rolle als Bewahrer des Rechts tritt demgegenüber in den Hintergrund[46].

Johann erklärt nicht, was er unter «Reich» versteht. So wie Eike in keinem Satz auf die Gesetzgebungskompetenz des Königs eingeht, verliert Johann kein Wort über das Reich. Er sagt nur, es gelte zu erklären, woher alles gesetzte Recht komme, und alles gesetzte Recht komme vom

[43] F. KERN, *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im früheren Mittelalter. Zur Entwicklungsgeschichte der Monarchie*, hrsg. von R. BUCHNER, Münster - Köln 1954², Leipzig 1914¹.

[44] *Ssp. Ldr.*, III 78 § 2: «Die man mut ok wol sime koninge unde sime richtere unrechtes wederstan, unde san helpen weren to aller wis, al sie he sin mach oder sin herre, unde ne dut dar an weder sine trüwe nicht».

[45] Die Gegenauffassung von K. ZEUMER, *Das vermeintliche Widerstandsrecht gegen Unrecht des Königs und Richters im Sachsenspiegel*, in «ZRG/GA», 35, 1914, S. 68-75 ist überzeugend widerlegt und wird heute nicht mehr vertreten, dazu im Einzelnen B. KANNOWSKI, *Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts durch die Buch'sche Glosse* (MGH, *Schriften*, 56), Hannover 2007, S. 249 f.

[46] St. GAGNÉR, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung* (Studia iuridica Upsaliensia, 1), Stockholm - Uppsala - Göteborg 1960, S. 358 ff., Zitat auf S. 361.

Reich[47]. Was das Reich – was auch immer das sein mag – für ihn in erster Linie ausmacht ist also die Möglichkeit, neues Recht zu schaffen. Im Hinblick auf die Gesetzgebungskompetenz verwendet Johann die Begriffe «Reich» und «König» synonym. Die Aussage, das Reich habe ein Gesetz gemacht ist mit der Aussage, der König habe es gemacht, bedeutungsgleich[48].

Im Hinblick auf das Verhältnis von weltlicher und geistlicher Macht vertritt Johann von Buch eine ähnliche Position wie Eike von Repgow. Dabei bezieht Johann in dem Konflikt zwischen Kaiser und Papst deutlich Stellung. Er vertritt dezidiert, der Herrschaftsbereich des Kaisers dürfe nicht verletzt werden. So steht Johann mit seinem kaiserfreundlichen Verständnis der Zweischwerterlehre für eine klare Aufgabenteilung in weltlichen und geistlichen Bereich (Temporalia und Spiritualia)[49]. Johann meint, der Körper des Menschen (nicht seine Seele) unterliege der kaiserlichen Gewalt. Dabei übe der Kaiser auch Einfluss auf geistliche Dinge aus, weil die Auslegung des kanonischen Rechts vom römischen mitbestimmt werde[50]. Auch meint er, die Aussage des *Sachsenspiegels*, der Papst dürfe den Kaiser bannen, treffe nicht den Punkt. Gebannt werde nie der Kaiser, sondern stets nur ein Missetäter, der nicht mehr Kaiser sei[51]. Johann geht also von einer Trennung von Amt und Person aus. Auch meint er, die geistlichen Fürsten hätten eine schwächere Rechtsposition als die weltlichen. Sie hätten ihre Lehen nämlich allein durch die Gnade des Königs erhalten[52]. Man kann Johann demnach gewiss nicht als einen Papisten bezeichnen[53]. Das kommt auch dadurch zum Ausdruck, dass er manchmal vom Papst als dem «Bischof von Rom» spricht[54].

Große Wertschätzung zeigt Johann dem Kaiser gegenüber. Für Johann geht – wie gesagt – alles weltliche Recht von ihm aus. Für Eike steht

47 III 44 «To Babilonia» (*BG*, S. 1212 ff.).

48 III 44 «To Babilonia» (*BG*, S. 1213 Z. 3; Z. 14/15; S. 1215 Z. 4 ff.).

49 III 57 «Den keyser ne mot» (*BG*, S. 1295 f.).

50 Die umgekehrte Feststellung – die Auslegung des römischen Rechts werde vom kanonischen bestimmt – findet sich bei Johann hingegen nicht, B. KANNOWSKI, *Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts*, S. 280.

51 I 1 «Twey swert let ghot» (*BG*, S. 136). Dazu B. KANNOWSKI, *Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts*, S. 279.

52 *Ibidem*, S. 277.

53 *Ibidem*, S. 267.

54 *Ibidem*, S. 274.

der Kaiser unter dem Recht und ist daran gebunden. Für Johann ist er unfehlbar und Quell allen Rechts. Er trage das Recht – in Anlehnung an eine ursprünglich nur für den Papst verwendete Formulierung[55] – «im Schreine seines Herzens»[56]. Wenn Johann ausspricht, Rechtssetzung (*sattinge*), solle «ehrlich» (*erlik*) und «gerecht» (*rechtuerdich*)[57] sein und dabei den Gemeinplatz *Inst.* 1.1.3 zitiert («Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere»)[58], so halten diese Anforderungen sich im Nebelhaften und ergeben keine konkreten Schranken für kaiserliche Gesetzgebung. Auch wird nicht klar, ob die genannten Kriterien für Rechtssetzung (*sattinge*) oder Gewohnheit (*wonheit*) gelten sollen, wobei für Johann *olde wonheit* nicht als «Recht» anzusehen ist[59]. Begrenzung von Gesetzgebungsmacht ist jedenfalls kein von Johann sorgfältig oder gar ausführlich behandeltes Thema[60]. Es scheint ihn nicht sonderlich zu interessieren. Im Ergebnis steht der Kaiser nach Johanns Darstellung da wie die antiken Imperatoren, die verkündeten, an das Recht nicht gebunden zu sein und sich nur aus Wohlwollen daran zu halten[61]. Für Johann stehen die mittelalterlichen Könige mit den römischen Kaisern in einer Linie[62]. Das ist für Eike von Repgow natürlich auch so. Nur zieht Eike daraus ganz andere Schlüsse. Für Eike bedeutet die *translatio imperii*, dass die Sachsen an die im Nebel der Vergangenheit verschwindende Gesetzgebung der römischen und christlichen Kaiser bis in seine Tage gebunden sind. Für Johann hingegen bedeutet die *translatio imperii*, dass der jetzige Kaiser – so wie jeder Kaiser – das «Kaiserrecht»

[55] «Licet Romanus Pontifex, qui iura omnia in scrinio pectoris sui censetur habere, constitionem condendo posteriorem, priorem ... revocare noscatur» (VI 1.2.1).

[56] III 78 «Vnde sineme koninge» (*BG*, S. 1459 Z. 13-15), die Formulierung findet sich auch bei III 54 «De koningh schole hebben Vrankes recht» (*BG*, S. 1278 f.). Ähnlich lautet I 18 «Drierhande recht» (*BG*, S. 226). Dazu B. Kannowski, *Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts*, S. 253 ff.

[57] Gl. zu *Textus prologi*, *BG*, S. 117 Z. 4 f.

[58] *BG*, S. 117 Anm. 55 und Anm. 58.

[59] B. Kannowski, *Begegnung deutschrechtlichen und romanistischen Denkens?*, S. 519 f.

[60] Johann bleibt vage wenn er sagt, man könne den Kaiser durch Urteil absetzen, wenn er seine Pflichten nicht erfülle, I 1 «Twey swert let ghot» (*BG*, S. 136 Z. 3-6), zitiert unten in Anm. 78). Eine konkrete Begrenzung der kaiserlichen Gesetzgebungsbefugnisse ergibt sich daraus nicht.

[61] B. Kannowski, *Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts*, S. 252 f.

[62] *Ibidem*, S. 554, 560, 593 f., 252, 407.

ändern kann, wann immer es ihm gefällt, ganz gleich, wie alt es ist oder von wem es stammt[63].

Auch den von ihm kommentierten *Sachsenspiegel* sieht Johann als vom Kaiser geschaffenes Recht an[64]. Eike von Repgow ist für ihn keineswegs jemand, der bislang nur mündlich tradierte Rechtsgewohnheiten zusammengetragen hätte. In seinen Augen ist Eike nur der Übersetzer eines ursprünglich in Latein abgefassten Gesetzeswerkes für die Sachsen[65]. Um den *Sachsenspiegel* von dem überall und für alle geltenden Kaiserrecht abzugrenzen, nennt Johann ihn «Privileg»[66]. Eine Sache hat dieses Privileg für ihn allerdings mit dem allgemein geltenden Kaiserrecht gemeinsam: Der Kaiser (nicht hingegen der Papst)[67] könne es jederzeit verändern[68].

Diesen mächtigen Herrscher beschreibt Johann in einer reichen Allegorik. Nirgendwo in der Glosse ist die Verwendung religiöser Symbole und Bilder so dicht wie bei der Abhandlung über den König und seine Krönung[69]. Das ist wirklich auffällig. Die Krönung und die Reichsinsignien sind Johann offenbar sehr wichtig. Lange Passagen in der Glosse sind diesem Thema gewidmet. Wäre es ihm allein darum gegangen, den Sachsenspiegel zu kommentieren, so hätte hierzu kein Anlass bestanden:

[63] I 21 «Ghescheden» (*BG*, S. 249 Z. 6-9).

[64] B. KANNOWSKI, *Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts*, S. 116, 134, 348, 528 f. u.ö.

[65] III 45 «Nu vornemet» (*BG*, S. 1225 Z. 24); II 36 «Spreke auer iene dar wedder» (*BG*, S. 746 Z. 8-10), dazu H. SIEGEL, *Die deutschen Rechtsbücher und die Kaiser Karls-Sage*, in *Sitzungsberichte der phil.-hist. Classe der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften*, 140 (9. Abhandlung, getrennt paginiert), Wien 1899, S. 10; III 39 «Swe so schult» (*BG*, S. 1162 Z. 2-4), dazu H. SIEGEL, *Rechtsbücher*, S. 11 f., 13 f. Dabei erscheint Eike von Repgow allerdings als eine Art akademischer Lehrer des Sachsenspiegels («mester desses privilegij»), dazu im Einzelnen B. KANNOWSKI, *Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts*, S. 543 ff.

[66] B. KANNOWSKI, *Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts*, S. 86 f. u.ö.

[67] Dieser soll über des Recht des Sachsenspiegels nur ausnahmsweise, nämlich dann, wenn er «Sünde beweisen» könne, verfügen dürfen. «Vortmer mach de paues vnse recht nicht delghen, wente id en dript an ene nicht. Wente id dript an den keyser, he en mochte dar sunde ane bewisen», I 3 «De paues en mach doch» (*BG*, S. 162 Z. 8/10). Johann von Buch geht nicht weiter darauf ein, was mit dieser Formulierung gemeint sein soll, dazu B. KANNOWSKI, *Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts*, S. 564 ff.

[68] B. KANNOWSKI, *Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts*, S. 551 ff. mit Quellennachweisen.

[69] *Ibidem*, S. 267 ff. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang Johanns Abhandlung über die unter Königsbann richtenden Schöffen (*ibidem*, S. 283 ff.), wobei die dort ebenfalls wichtigen religiösen Symbole nicht in der Häufigkeit auftreten wie bei der Abhandlung über König, Krönung und Reichsinsignien.

Zur Krönung und ihren Insignien sagt Eike von Repgow nämlich kein Wort. Johann hingegen beschreibt die Krönung als eine dreifache: Die erste finde in Aachen statt, damit sei er der gekrönte König über alle deutschen Reiche. Die zweite empfange er in Mailand, dann sei er der Herr der Welschen. Mit der dritten Krönung, die in Rom stattfinde, werde er zum Herrn über alle Welt[70].

Die Erhebung der Königsherrschaft in eine sakrale Sphäre ist für Johann ein zentraler Punkt. Der König sei wie ein «griesgrämiger Löwe»[71]: Die Ungläubigen strafe er hart, die Rechtschaffenen beschütze er. Beide Handlungsweisen haben dasselbe Motiv, die Liebe zu Gott. Dafür steht das Symbol der Lilienkrone. Die Lilie war ein Christussymbol, womit der König in die Nähe des Messias rückt[72]. Darüber hinaus legt Johann der Lilie die Bedeutung von Sanftmütigkeit gegen die Guten bei. Dies ist die einzige Stelle in der Glosse, an der er Bezug auf das Hohelied der Liebe aus dem Alten Testament nimmt. Ohne Dornen gegen die Guten soll der König sein, so wie die dort beschriebene Lilie. Diese steht aber nicht für eine geliebte Frau, sondern für die reine Seele[73]. Die Apotheose des Königtums, die Johann vollzieht, tritt hier noch einmal deutlich hervor.

Weiter nimmt Johann ein Motiv auf, das sich auch in einem Gedicht des Minnesängers Walther von der Vogelweide findet[74]. Die Krone trage einen legendären Stein, den so genannten «Waisen», im Nacken. Das ist eine Allegorie des Schutzes durch göttliche Kraft. Das Reichsbanner bedeutet, dass der Kaiser jederzeit bereit sein soll, für die heilige Kirche zu sterben. Er sei der Schutzschild der Christenheit. Der König müsse strafen und Krieg führen, dabei aber das Gebot der Liebe zu Gott und den Menschen verwirklichen. Der Reichsapfel steht dafür, dass der Kaiser ein sterblicher Mensch mit einer besonderen Würde sei[75]. Hier liegt eine Parallele zur Menschwerdung Christi. Dessen Liliensymbol nimmt Johann beim Zepter noch einmal auf.

[70] *Ibidem*, S. 259 ff.

[71] *Ibidem*, S. 275.

[72] Zu entsprechenden Deutungen der Reichskrone J. OTT, *Krone und Krönung. Die Verheißung und Verleihung von Kronen in der Kunst von der Spätantike bis um 1200 und die geistige Auslegung der Krone*, Mainz 1998, S. 198 f.

[73] B. KANNOWSKI, *Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts*, S. 269.

[74] WALTHER VON DER VOGELWEIDE, *Sämtliche Lieder*, hrsg. von F. MAURER, München 1993[5], Lied 13: *Der erste Philippston*, Z. 10-12.

[75] B. KANNOWSKI, *Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts*, S. 275 f.

Der Gedanke des Gottesgnadentums ist bei Johann demnach sehr viel stärker ausgeprägt als bei Eike[76]. Während Eike von einer seit unvordenklicher Zeit weiter getragenen Königsmacht spricht, geht es Johann um die Verbindung mit dem Göttlichen für jeden einzelnen König.

Kann gegen einen solchen mit der Sphäre des Göttlichen verbundenen Herrscher ein Widerstandsrecht bestehen wie nach dem *Sachsenspiegel*? Kann es erlaubt sein, ihm mit Gewalt zu widerstehen, wann immer er Unrecht tut? Johann verneint diese Frage. Er sagt nicht, der *Sachsenspiegel* sei falsch, aber er legt ihn einschränkend aus. Johann kommentiert ihn indem er sagt, das Widerstandsrecht gelte nur für Herrscher begrenzter Territorien wie die Könige von Böhmen oder Dänemark, nicht aber für den Kaiser[77]. Johann erwähnt nur die Möglichkeit einer Art gerichtlichen Amtsenthebungsverfahrens, bleibt hier aber vage: Niemand sei Kaiser um des Namens willen, sondern wegen seiner Taten, und man könne ihn aufgrund eines Gerichtsverfahrens absetzen, wenn er seine Pflichten nicht erfülle[78]. Johann sagt aber weder, wegen welcher Verfehlungen ein solches Verfahren einzuleiten sei, noch, wer es betreiben oder wie es vonstatten gehen soll. Seine einzige mit der Frage in Verbindung stehende Allegation[79] verweist auf eine Sachsenspiegelstelle, die in eng begrenzten Fällen dem Papst die Möglichkeit gibt, den Kaiser zu bannen. Diese betreffen in erster Linie gravierende Verstöße gegen den christlichen Glauben[80].

### 4. *Zusammenfassung und Fazit*

Mein Beitrag stellt die rechtliche Position des Königtums nach dem *Sachsenspiegel* einerseits und der *Buch'schen Glosse* andererseits gegenüber. Der *Sachsenspiegel* ist das vermutlich älteste, am breitesten überlieferte und für die Rechtsgeschichte wichtigste mittelalterliche deutschsprachige

[76] III 57 «Den keyser ne mot: Wente de keyser en heft dat keyserryke van nemende wen van gode» (*BG*, S. 1293 Z. 4 f.). Vgl. B. KANNOWSKI, *Die Umgestaltung des Sachsenspiegelrechts*, S. 251 ff.

[77] III 78 «Vnde sineme koninge» (*BG*, S. 1459 f.).

[78] «... id en is ... nen keyser dor des namens willen, mer dor der daet willen. Ne dot he nicht, also he schal, so mot men ouer ene richten vnd mach ene entsetten, vnde de paues mach ene bannen ...», I 1 «Twey swert let ghot» (*BG*, S. 136 Z. 3-6).

[79] *BG*, S. 136 Anm. 21.

[80] *Ssp. Ldr.*, III 57 § 1: «Den keiser ne mut de paves noch neman bannen seder der tiet dat he gewiet is, ane umme dre sake: of he an'me geloven tviflet, oder sin echte wif let, oder godes hus tostoret».

Rechtsbuch. Eike von Repgow verfasste es um 1220. Die *Buch'sche Glosse* ist eine auf dem gelehrten Recht basierende Kommentierung zum *Sachsenspiegel*, die ein studierter Jurist mit Namen Johann von Buch etwa ein Jahrhundert später (um 1325) erstellte.

Im Hinblick auf die Rechtsgrundlagen des Königtums und seiner Herrschaft finden sich in den beiden Quellen unterschiedliche Sichtweisen. Nach dem *Sachsenspiegel* existiert die Vorstellung von dem einen unveränderlichen Königtum, das seit unvordenklicher Zeit tradiert und in die biblische Geschichte eingebettet erscheint. Von einer dynastischen Erbfolge im deutschen Königtum spricht Eike von Repgow nicht, vielmehr stellt er es als ein reines Wahlkönigtum dar. Eike beginnt sein Rechtsbuch mit der Lehre von den zwei Schwertern und erklärt dabei gleich zu Anfang des *Sachsenspiegels*, dass nach seiner Auffassung weltliche und geistliche Macht auf einer Stufe stehen. Gesetzgebung als Ausdruck und Grundlage königlicher Macht spielt für Eike keine Rolle. Sofern diese überhaupt vorkommt, verschwindet sie im Nebel einer konkret nicht zu greifenden Vergangenheit. Der *Sachsenspiegel* basiert ganz weitgehend auf bislang nur oral tradierter Rechtsgewohnheit. Unter diesem Recht steht auch der König. Bricht er es, so besteht ein Widerstandsrecht gegen ihn.

Ein anderes Bild ergibt sich aus der *Buch'schen Glosse*. Auch ihr Verfasser Johann von Buch geht von einer Aufgabenteilung der weltlichen und der geistlichen Macht aus, zieht hier aber klarere Grenzen und vertritt eine insgesamt kaiserfreundlichere Position als Eike von Repgow. Gesetzgebung ist für Johann eine kardinale Säule königlicher Macht. Der König ist Quell allen Rechts, er trägt es «im Schreine seines Herzens». Der König (im Wesentlichen Karl der Große), nicht Eike von Repgow ist für Johann von Buch auch Schöpfer des Sachsenspiegels, den Johann als «Privileg» (der Sachsen) bezeichnet. Eike sei allein der Übersetzer dieses nach Johanns Darstellung ursprünglich in lateinisch verfassten Rechtstextes gewesen, den der König kraft seiner Gesetzgebungsmacht jederzeit ändern könne. Die große Bedeutung des Königs findet bei Johann Ausdruck in ausführlichen, mit viel religiöser Metaphorik aufgeladenen Schilderungen von Krönungszeremoniell und Reichsinsignien, wobei im Sachsenspiegel weder von dem einen noch dem anderen die Rede ist. Rechtlich zulässigen Widerstand gegen diesen in einem gottgleichen Glanz erstrahlenden Monarchen kann es nach Auffassung des Glossators nicht geben.

Johanns Konzept von königlicher Herrschaft legt nahe, dass sein *Princeps legibus solutus* den Ideen unumschränkter Weltherrschaft römischer Imperatoren näher steht als dem von allen Deutschen gewählten König

Eikes von Repgow. An die Stelle des höchsten Richters nach dem Sachsenspiegel tritt ein *conditor legis*, ein Gesetzgeber, der in seiner Machtfülle in Person zum Christussymbol avanciert. Eine Vorstellung von weltlicher und geistlicher Sphären und deren Trennung ist greifbar. Und nicht nur das. Ebenso ist eine Trennung zwischen dem König als Person und seinem Amt erkennbar. Letzteres ist unsterblich, sowie der Staat als juristische Person.

Was immer man davon halten mag: Mit Souveränität im Sinne einer späteren Zeit hat das deutlich mehr zu tun als die Vorstellungen von Herrschaft und Königtum bei Eike von Repgow.

## 1. *Inhaltliche Parallelen Landfrieden und «Sachsenspiegel»*

| | *Ssp. Ldr.* II 66 | | *Const.* II Nr. 280 (in der Reihenfolge des Textes) | *Const.* II Nr. 284 |
|---|---|---|---|---|
| Personaler Friede | Besitz und Leben von:<br>Priestern und Geistlichen,<br>Mädchen und Frauen,<br>Juden | 1. | Geistliche, Mönche<br>Frauen, Nonnen<br>Bauern, berechtigte Jäger, Fischer<br>Juden | wie 280, es fehlen *monachi* (Mönche) |
| Dinglich-örtlicher Friede | Kirchen und Kirchhöfe<br>umfriedete Dörfer<br>Pflüge<br>Mühlen<br>Land- und Wasserstraßen des Königs | 2.<br><br><br>3. | Kirchen und Kirchhöfe<br>Pflüge<br>Mühlen<br>umfriedete Orte<br>Land- und Wasserstraßen (fehlt: des Königs) | wie 280 |
| Zeitlicher Friede | Feier- und Friedenstage<br>Do-So (mit ausführlicher religiöser Begründung für jeden Tag)<br>Ausnahmen: handhafte Täter, Geächtete (Reichs- und Bezirksacht) | 4. | Do-Sa (nicht So)<br>Ausnahmen: Geächtete, verurteilte Fälscher (*abiudicati falsarii*) und Räuber (*illos qui sunt strikere et druhere*; strikere: «Schlingenleger, Räuber»; *druhere*: «Fallensteller, Räuber») | wie 280, zusätzlich: die *dominici* (Sonntage). Keine Aufzählung der Ausnahmen |

## 2. *Inhaltliche Parallelen Landfrieden und «Sachsenspiegel»*

| *Ssp. Ldr.* II 66 - 72 | | Entsprechung in *Const.* 280 | Entsprechung in *Const.* 284 |
|---|---|---|---|
| 66 | Reichweite des Friedens (s.o.) | 1 - 4 (s.o.) | 1 - 4 (s.o.) |
| 67 | Wie viele Leute der vor Gericht mit sich führen darf, der wegen eines Verbrechens angeklagt wird | 14 | (-) |
| 68 | Kommt einem Reisenden das Pferd zum Erliegen | 8 | 8 |
| 69 | Wer einen Friedensbrecher tötet oder verwundet | (-) | (-) |
| 70 | Wann man jemanden von seinem Gut weisen kann | 11 | 12 |
| 71 | Gerüfte bei Friedensbruch | z.T. in 21 | (-) |

*Résumé*

IL FONDAMENTO GIURIDICO DEI CONCETTI DI REGALITÀ E DI SOVRANITÀ IN UN CONFRONTO FRA «SPECCHIO SASSONE» E «GLOSSA DI BUCH»

Questo contributo mette a confronto i concetti giuridici di regalità che emergono dallo *Specchio sassone* (*Sachsenspiegel*) e dalla *Glossa di Buch* (*Buch'sche Glosse*). Lo *Specchio sassone* è la più antica e importante raccolta normativa del medioevo tedesco, quella che ebbe maggiore diffusione nell'impero. Composta intorno al 1220 da Eike von Repgow, è il primo grande documento giuridico redatto in lingua tedesca. La *Glossa di Buch* è l'apparato dottrinale di commento allo *Specchio sassone*, redatto da un giurista dotto di nome Johann von Buch circa un secolo più tardi (verso il 1325).

Queste fonti presentano concezioni giuridiche della regalità e della sovranità regale parzialmente diverse. Nello *Specchio sassone* si ritrova un'idea di regalità ormai consolidata e stabile, esito di una consuetudine tramandata da tempo immemorabile e corrispondente a quella della tradizione biblica. Eike von Repgow non parla mai di una successione dinastica nell'impero germanico, che egli rappresenta al contrario come un regno puramente elettivo. Lo *Specchio sassone* si apre con la dottrina delle due spade e l'affermazione del principio che il potere secolare e quello spirituale sono sullo stesso piano. Nell'opera di Eike von Repgow la legislazione, considerata spesso l'espressione più tipica ed anzi la causa fondante del potere regale, non ha invece alcun ruolo. Se anche talvolta essa compare, scompare tuttavia di lì a poco nella nebbia di un passato che non è possibile afferrare concretamente. Lo *Specchio sassone* si basa piuttosto, in modo pressoché esclusivo, su una consuetudine giuridica tramandata ancora oralmente. A questo diritto sottostà anche il re: se egli lo viola, è ammesso contro di lui un diritto di resistenza.

Dalla *Glossa di Buch* emerge un quadro diverso. Anche il suo autore, Johann von Buch, parte dall'idea di una divisione dei compiti fra potere secolare e potere spirituale; fra i due poteri egli traccia tuttavia dei confini più netti, assegnando una posizione nel complesso più favorevole all'imperatore, rispetto ad Eike von Repgow. La legislazione è per Johann von Buch una colonna portante del potere regale. Il sovrano è la fonte di tutto il diritto, che egli porta «nello scrigno del suo cuore». Non Eike von Repgow, bensì il sovrano (quindi sostanzialmente Carlomagno), è per Johann von Buch anche l'autore dello *Specchio sassone*, definito nella *Glossa* «Privilegio» (dei Sassoni). Eike von Repgov non sarebbe stato infatti che il tradut-

tore di questo testo giuridico, secondo Johann von Buch redatto in origine in latino, che il re in forza del suo potere legislativo può comunque modificare in ogni momento. L'alta concezione della regalità di Johann von Buch trova espressione nelle dettagliate descrizioni, cariche di metafore religiose, del cerimoniale dell'incoronazione e delle insegne imperiali, di cui invece non si parla mai nello *Specchio sassone*. Nella concezione giuridica del glossatore non è ammessa inoltre alcuna forma di resistenza a questo sovrano, immerso in un'aura divina.

Il modello di regalità di Johann von Buch contempla un *princeps legibus solutus* più vicino all'idea di un imperatore romano *dominus mundi* che non a quella di un sovrano eletto da tutti i tedeschi, secondo la rappresentazione che ne aveva dato Eike von Repgow. Il sovrano fondamentalmente giudice supremo descritto nello *Specchio sassone* lascia il posto nella *Glossa* a un sovrano che è anzitutto *conditor legis*, cioè legislatore, e che nella sua personificazione della *plenitudo potestatis* diviene immagine di Cristo in terra. Permane in ogni caso una separazione abbastanza netta fra sfera terrena e spirituale. E non solo. Si riconosce ormai anche una separazione tra il sovrano come persona e l'ufficio da lui ricoperto. Quest'ultimo è infatti immortale, come lo sarà lo Stato in quanto persona giuridica.

Comunque la si voglia pensare, questa concezione della regalità ha chiaramente molto più a che fare con la sovranità intesa in senso moderno rispetto alla concezione di Eike von Repgow.

*Traduzione di Lucia Bianchin*

# Das Römisch-deutsche Reich in der Kanonistik

## Die Wahrnehmung seiner Verfassung im Spätmittelalter

von *Jürgen Miethke*

### 1. *Zur Einführung*

«Bei der Feststellung dessen, was öffentliches Recht in rechtshistorischen Zusammenhängen bedeutet, ist unser gegenwärtiges Verständnis von Charakter und Umfang des geltenden öffentlichen Rechts wenig hilfreich, oft sogar störend». Mit diesen lapidaren Worten eröffnete Michael Stolleis seinen Artikel *Öffentliches Recht* im *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*[1]. Er plädierte für eine «Rückübersetzung» des Begriffs in den jeweiligen geschichtlichen Kontext, wobei (wie er sagt) «aufgrund der zivilistischen Orientierung der rechtshistorischen Forschung und der auf 'Verfassungsrecht' verengten Perspektive der Verfassungsgeschichte», insbesondere auf Vorarbeiten der Verwaltungs- und Wirtschaftsgeschichte und auf die Geschichte des politischen Denkens zurückzugreifen sei.

Stolleis selber hat den damit skizzierten Weg im ersten Band seiner monumentalen *Geschichte des Öffentlichen Rechts in Deutschland*[2] bei der Darstellung der Vorgeschichte des frühneuzeitlichen *ius publicum* schon in breitgefächertem Zugriff beschritten. Seinen Vorschlag beherzigend will ich hier nach der Rolle der Kanonistik in der politischen Theoriegeschichte des Spätmittelalters fragen, um mich damit deren Beitrag zum «Öffentlichen Recht», genauer gesagt, ihrem Anteil an seiner Entstehung zu nähern. Ich gehe dabei so vor, dass ich zunächst (2.) die Kompetenz der Kanonistik für politische Fragen in der Außenansicht der konkurrierenden Fakultäten beleuchte, also Grundlage und Legitimation

An dem mündlichen Charakter und dem Text des in Trient am 15. September 2009 gehaltenen Referats wurde nichts geändert, nur einige Passagen, die dort aus Zeitgründen übergangen worden waren, sind wieder eingefügt und die nötigsten Hinweise auf Belege und Literatur hinzugesetzt.

[1] In *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. 3, 1978-1984, Sp. 1189-1198.

[2] M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 1: *Reichspublizistik und Policeywissenschaft 1600 bis 1800*, München 1988, S. 43-93.

ihres «politischen Denkens» gewissermaßen von außen betrachte; (3.) die allgemeine Situation der Kanonistik an der scholastischen Universität; sodann (4.-6.) werde ich drei ausgewählte Positionen kanonistischer Wahrnehmung des Römisch-Deutschen Reiches skizzieren, das staatsrechtliche Unternehmen des Lupold von Bebenburg, den konziliaren Blick auf die deutsche Reichsverfassung durch Nikolaus von Kues und die Kompilation kanonistischer Traditionen durch Peter von Andlau. Schließlich (7.) möchte ich resümierend eine (kurze) Bewertung versuchen.

## 2. *Kanonistische Kompetenz im Streit der Fakultäten*

An mittelalterlichen Universitäten war für politische Theoriebildung keine Wissenschaft allein oder auch nur vorwiegend kompetent. Wenn es darum ging, über Probleme der Sozialordnung und der politischen Praxis nachzudenken und durch theoretische Bemühungen Lösungen praktischer Schwierigkeiten zu suchen, konnte sich eine Anfrage nicht an eine unbestritten zuständige Fakultät wenden. Bei der Ausdifferenzierung der scholastischen Wissenschaften hatte ohnehin nirgendwo eine besondere Aufmerksamkeit auf die gesellschaftliche Praxis die Richtung der Entwicklung bestimmt. Wenn überhaupt Wissenschaft gefragt war, war die Universität insgesamt und waren alle scholastischen Wissenschaften gefordert und wurden so ein möglicher Adressat. Der zu beobachtende Wechsel der Antwortgeber aus den verschiedenen Disziplinen lässt sich aus eher zufälligen Gründen erklären. Es kam, so scheint es, hauptsächlich darauf an, wer für Anfragen gerade zur Verfügung stand oder sich zur Verfügung stellte. Dieser gab dann aus dem jeweiligen Fundus von Argumentationsmaterial und Methoden seiner eigenen Tradition «wissenschaftliche» Antworten.

Diese politische «Gleichwertigkeit» der verschiedenen wissenschaftlichen Disziplinen und Traditionen führte in der scholastischen Politiktheorie aber weder zu einem Bewusstsein der Gleichheit in den einzelnen Wissenschaften, noch zu einer Ununterscheidbarkeit des je verschiedenen Hintergrundes, der jeweiligen Leitwissenschaft[3] der Autoren. Wir können heute noch bei jedem Traktat leicht erkennen, welcher Fakultät sich die Verfasser zurechneten, selbst wenn die leichtere Erreichbarkeit von autoritativen Texten einen Theologen etwa zum *Decretum* Gratians als Zitatquelle greifen ließ. Doch haben sich die Adressaten der Theoriepro-

[3] Diese Terminologie benutzt J. MIETHKE, *Politiktheorie im Mittelalter. Von Thomas von Aquin bis Wilhelm von Ockham* (UTB, 3059), Tübingen 2008², S. 1-24.

duktion, die Fürsten und praktischen Politiker, bei möglichen Gefechten der Theorielieferanten um Interpretationshoheit niemals ganz auf die Argumente einer einzigen Seite eingelassen, noch viel weniger haben sie etwa ausschließlich bei bestimmten selbsternannten Hoffnungsträgern für ihre Fragen Antwort gesucht. Am allerwenigsten war von vorneherein ausgemacht, dass sie deren Ratschlägen dann unverändert folgten. So blieb die Konkurrenz der verschiedenen Antworten – zum Schmerz der Theoretiker – weiter bestehen.

Das lässt sich deutlich ablesen am Streit der Fakultäten um politische Deutungshoheit – und damit um das Gehör der eigentlichen Entscheidungsträger. Da bestritten Theologen und Artisten den Juristen beiderlei Rechts heftig die Kompetenz zu eigentlich «wissenschaftlicher» Behandlung der Politik, weil die Rechtsgelehrten von der Gesetzgebung nur das positive Ergebnis, den puren Text des Gesetzes kennten, nicht die theoretisch-wissenschaftlichen Grundlagen, deren sich die Philosophen und Theologen in der Wissenschaftstheorie des Aristoteles ganz sicher wähnten. Um die Mitte des 13. Jahrhunderts bereits hat Albertus Magnus dies Argument vorgebracht[4]. Gegen 1278/79 hat dann Aegidius Romanus daraus unverblümt die polemische Konsequenz gezogen, Juristen seien nur «quasi idiotae politici» (zurückhaltend übersetzt: «schlichte Ignoranten») «wie Laien und ungelehrte Leute», denn «Politische Wissenschaft

[4] ALBERTUS MAGNUS, *Kommentar zur Nikomachischen Ethik*, lib. X, tract. 3, c. 3, in *Opera omnia*, hrsg. von A. BORGNET, Bd. 7, Paris 1891, S. 639: «Politicam autem repromittunt quidam sophistice dicere, cum tamen nullus eorum per doctrinam suam aliquid politicorum possit agere ... Adhuc autem alii per tales sermones collectos nullos faciunt politicos ... Sophistas autem hic vocamus, non qui decipiunt locis sophisticis, sed ab imitatione sophistarum copiose ab apparente sapientia, qui seipsos vocant politicos, cum nesciant quae sit ars politica ... et repromittunt docere politica, cum artis et virtutis politicae penitus sunt inexperti». Hier zitiert nach N. RUBINSTEIN, *The History of the Word «politicus»*, 1987[1], jetzt in DERS., *Studies in Italian History in the Middle Ages and the Renaissance*, Bd. 1: *Political Thought*, hrsg. von G. CIAPELLI (Storia e Letteratura, 216), Roma 2004, S. 317-333, hier S. 317 f.; dazu G. FIORAVANTI, *Politiae orientalium et Aegyptiorum. Alberto Magno e la Politica aristotelica*, in «Annali della scuola normale superiore di Pisa. Classe di Lettere e Filosofia», 3, 1979, 9, insbesondere S. 210-215; knapp auch DERS., *Philosophi contro legistae. Un momento dell'autoaffermazione della filosofia nel Medioevo*, in J.A. AERTSEN - A. SPEER (Hrsg.), *Was ist Philosophie im Mittelalter?* (Miscellanea mediaevalia, 26), Berlin - New York 1998, S. 421-427. Die spätere Aufnahme des Motivs verfolgt J. KRYNEN, *Les légistes, idiots politiques. Sur l'hostilité des théologiens à l'égard des juristes en France au temps de Charles V*, in *Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne* (Collection de l'École Française de Rome, 147), Roma 1991, S. 171-198. Die Rezeption der *Politik* des Aristoteles durch Albertus Magnus verfolgt etwa F. BERTELLONI, *El testimonio de Alberto Magno sobre la recepción de la politica de Aristóteles. Sobre formación de la Politica como teoría a partir de 1265*, in «Patristica et Mediaevalia», 21, 2000, S. 37-58.

behandelt die Gesetze in theoretischer Form, die Juristen jedoch behandeln sie ausschließlich theorieblind, sie behandeln sie nicht wissenschaftlich, sondern narrativ und ohne auf die Gründe einzugehen». In dieser Sicht kann juristische Expertenschaft ausschließlich stoffhuberischen Positivismus, nicht theoretische Klarheit bringen. Aegidius schließt allerdings nur die bezeichnende Schlussfolgerung an, die wahren Theoretiker der Politik seien höher zu ehren (und d.h. doch ihren Ratschlägen sei eher zu folgen) als die Juristen des Römischen und Kanonischen Rechts[5]. Wilhelm von Ockham stimmt 50 Jahre später[6] in die gleiche Melodie ein[7].

[5] EGIDIO COLONNA (AEGIDIUS ROMANUS), *De regimine principum libri III*, recogniti et una cum vita auctoris in lucem editi per fratrem HIERONYMUM SAMARITANIUM, Roma (Zanetti) 1607, ND Aalen 1967, hier II.2, c. 8 (S. 309): «nam ... omnes legistae sunt quasi quidam idiotae politici, nam sicut laici et vulgares, quia arguunt et formant rationes suas, quem modum arguendi docet dialectica, ideo ipsi, quia non arguunt artificialiter et dialectice, appellantur a philosopho idiotae dialectici; sic legistae, quia de ea, de quibus est politica, dicunt narrative et sine ratione, appellari possunt idiotae politici. Ex hoc autem patere potest, quod magis honorandi sunt scientes politicam et morales scientias quam scientes leges et iura». Aegidius Romanus hat diese sprachlichen Wendungen offenbar geschätzt, denn anderwärts hat er ganz ähnlich formuliert, vgl. G. BRUNI, *The «De differentia rhetoricae, ethicae et politicae» of Aegidius Romanus*, in «New Scholasticism», 6, 1932, S. 1-18, Text 5-12, hier S. 11 f.: «Considerare ergo de legibus spectat ad eos quos vocamus legistas et etiam ad politicam, sed non eodem modo. Politica enim leges tradit per modum artis, legiste vero leges tradunt sine arte. Non enim considerant legiste de talibus per modum scientificum sed per modum narrativum. Sic ergo legiste se videntur habere ad politicos sicut vulgares et layci ad dyalecticos. Vulgares enim et layci sunt quidam ydiote dyalectici quia utuntur dyalectica sine arte, sic legiste sunt quidam ydiote politici, quia utuntur politica sine arte ...».

[6] *I Dialogus* I.3, edd. J. KILCULLEN - J. SCOTT [http://www.britac.ac.uk/pubs/dialogus/1d1.pdf (17 März 2009)], S. 10 f.; vgl. den Incunabeldruck bei JEAN TRECHSEL, Lyon 1494 (ND in GUILLELMUS DE OCCAM, *Opera plurima*, Farnborough 1963, Bd. 1) fol. 2rb; oder bei MELCHIOR GOLDAST (Hrsg.), *Monarchia Sacri Romani imperii*, II, Frankfurt a.M. 1614, Neudruck Graz 1960, S. 401: «In primis autem volo te scire quod aliquos cognosco theologos qui moderni temporis canonistas tanquam non intelligentes, presumptuosos, temerarios, fallaces, deceptores, cavillatores et ignaros in cordibus suis valde despiciunt, reputantes quod sacrorum canonum intellectum ignorant. Pro quo tali ratione moventur. Sacrorum canonum dictatores viri eruditissimi in scientia rationali, morali et theologia fuerunt, nec per naturam absque predictis scientiis canones tam certe tamque profunde veritatis aliqualiter conscripsissent. Cum ergo canoniste moderni scientias antedictas ignorent, quamvis valeant canonum sacrorum retinere memoriam, ad intellectum tamen eorum nequeunt pervenire». Auf diese Differenzen kommt Ockham noch mehrmals zurück, etwa auch (mit ausdrücklichem Rückbezug auf diese Erörterung in *I Dialogus* I.3 sqq.) im Schlusskapitel *I Dialogus* VI.100, besonders fol. 111rb-111va TRECHSEL; S. 630, 58 - S. 631, 49 ff. GOLDAST.

[7] In dem – erst aus der Münchener Zeit stammenden, m.E. authentischen – *Elementarium logicae* VI.20 (hrsg. von E.M. BUYTAERT - G. GÁL - J. GIERMEK, in GUILLELMI DE OCKHAM,

Denselben Gestus gefühlter unendlicher Überlegenheit im Bewußtsein aristotelischer Theoriesicherheit finden wir ebenfalls bei Artisten vor. Der Däne Johannes Dacus hat in Paris (um 1280) selbst noch Kaiser und Papst, die beiden unbestritten höchsten «Gesetzgeber» des mittelalterlichen Rechts den politischen Theoretikern im Gefolge des Aristoteles nachgeordnet, da nur der Philosoph den «modus condendi iura et leges» theoretisch erklären könne[8]. In schulmäßig umständlicher Darlegung wird der Pariser Artist Johannes Buridan vor der Mitte des 14. Jahrhunderts in allem Respekt vor einer hohen theologischen Fakultät darauf verweisen, dass zwar – entgegen der Meinung des Aristoteles – die Metaphysik nicht in jeder Hinsicht die «scientia principalissima» sei, wenn man sie mit der Theologie vergleiche[9]. Doch hat die Theologie nach seiner Meinung ihre überragende Stellung damit zu bezahlen, daß sie im aristotelischen Sinn eigentlich keine *scientia*, sondern nur (?) eine *sapientia*[10] sein kann,

*Opera philosophica et theologica, Opera philosophica*, Bd. 7, St. Bonaventure NY 1988, S. 186, 7-17), heisst es: «... in multis artibus et scientiis nullus potest esse perfectus, sed quilibet errare potest, sicut quammulti putantur experti esse qui non sunt, sed vel omnino sunt errantes et ignari, vel solummodo habent memoriam litterarum vel illorum quae audierunt et viderunt de eis certum et clarum idicium non habentes ... Multi enim vigent memoria, quae bestiis et hominibus, viris et mulieribus, pueris et adultis, stultis et sapientibus est communis, et tamen in iudicio omnino deficiunt vel habent iudicium valde debile. Vidi enim aliquos pueros et mulieres ac etiam naturaliter sultos quibusdam viris intelligentibus et profundi iudicii in potentia memoriae praevalere». Dazu vgl. etwa *I Dialogus* VII.73 (fol. 164va TRECHSEL; S. 739, 16 ff. GOLDAST); *Contra Benedictum* I.8 (hrsg. von. H.S. OFFLER in GUILLELMI OCKHAM *Opera politica* 3, Manchester 1963, S. 190, 13-15); *An princeps Angliae*, c. 11 (*Opera politica*, $I^2$, Manchester 1974, S. 264, 90-92, 98-102).

8 JOHANNES DACUS, *Divisio scientie*, in JOHANNIS DACI *Opera omnia*, I.1, ed. A. OTTO (Corpus Philosophorum Danicorum Medii Aevi, 1), Kopenhagen 1955, S. 22 f.: «... quamquam in legibus et decretis tradita sunt quedam iura et leges condite, tamen philosophus docuit modum condendi leges, unde nec imperator nec papa modum condendi iura seu leges tradiderunt, sed iura condita et leges conditas, modum autem condendi a philosophis supposuerunt et habuerunt», zitiert nach Ch. FLÜELER, *Rezeption und Interpretation der aristotelischen «Politica» im späten Mittelalter*, 2 Bde. (Bochumer Studien zur Philosophie, 19/1-2), Amsterdam - Philadelphia PA 1992, Bd. 1, S. 7.

9 *Questiones in duodecim libros Metaphysicorum (ultima lectura)* I.2, Paris 1518, fol. 4rb, hier zitiert nach B. MICHAEL, *Johannes Buridan, Studien zu seinem Leben, seinen Werken und zur Rezeption seiner Theorien im Europa des späten Mittelalters*, phil. Dissertation Berlin 1978, Dissertationsdruck Berlin 1985, S. 169 Anm. 292: «...quando arguitur quod ipsa [scil. metaphysica] non est principalissima; dico quod verum est, si comparetur ad theologiam fundatam super articulos fidei. Sed illa circumscripta ipsa est omnium aliarum scientiarum principalissima».

10 Erkennbar ist hier die Wortbedeutung von *scientia* ganz von der aristotelischen Wissenschaftstheorie bestimmt, aber auch *sapientia* hat wohl bereits die spezifisch spät-

da ihre Prinzipien nicht evident, weil nur dem Glauben einsichtig seien. Gegenüber den «Höheren Fakultäten» weiß Buridan die (aristotelische) Philosophie der Artisten gleichwohl überlegen: Die Juristen vertreten nur – aristotelisch gesprochen – eine «scientia subalternata» gegenüber der von den Artisten verantworteten Ethik, so wie auch die Medizin der Naturphilosophie des Aristoteles «subalterniert», d.h. untergeordnet ist. Diese beiden Fakultäten arbeiten also nur aus, was die Philosophen prinzipiell vorgeben. Die Ausnahme von dieser Regel, die Buridan für die Kirchenjuristen macht, ist bezeichnend: Kanonisten müssen bisweilen «aliquid ex theologia» übernehmen, wofür dann die Artisten naturgemäß unzuständig bleiben[11].

Bei allem Selbstwertgefühl ist sich Buridan dessen bewusst, dass die gesellschaftliche Wirklichkeit anders gestaffelt war. Die offenbare Differenz im Ansehen und insbesondere die unterschiedlichen Einkommenschancen der Absolventen sind für ihn jedoch kein Einwand gegen seine theoriebegründete Wertung. Die *Artes*-Fakultät selbst lehrt[12] mit Natur-

mittelalterliche Bedeutung eher von «Gelehrsamkeit» als von «Weisheit», wie sie sich dann etwa im Französischen im Wort *savant* fortsetzen sollte.

[11] *Questiones in Metaphys. (ult. lect.)* I.2, Paris 1518, fol. 4rb, hier angeführt nach B. MICHAEL, *Johannes Buridan*, S. 169 Anm. 293: «Tota enim scientia legum et decretorum subiicitur morali scientiae sive morali philosophiae et subalternatur, nisi pro quanto decreta et decretales accipiunt aliquid ex theologia, medicina autem ex toto subalternatur naturali philosophiae. Ideo illae non merentur dici scientiae principales».

[12] Zitiert als Beleg für die weitere Tradition solcher Vorstellungen sei hier nur eine der fünf Gründungsurkunden der Heidelberger Universität, die Pfalzgraf Ruprecht I. auf Veranlassung (und gewiß nach der Vorformulierung) seines Gründungsbeauftragten Marsilius von Inghen am 1. Oktober 1386 erlassen hat. Hier heißt es über die vier Fakultäten: «... quatuor in eo [scil. studio] facultates, prima sancte theologie seu divina, secunda iuris canonici et civilis, que propter sui propinquitatem pro una facultate disponimus estimari, tercia medicine, quarta facultas artistarum seu arcium liberalium, triplicis scilicet philosophie, prime, naturalis, et moralis, ...», hier zitiert nach: *Die Rektorbücher der Universität Heidelberg*, Bd. 1: *(1386-1410)*, hrsg. von J. MIETHKE (Die Amtsbücher der Universität Heidelberg, A I.1-3), Heidelberg 1986-1999, S. 34-36 (Nr. 5), hier S. 34, 14-18. Marsilius von Inghen hat selbst Buridan als seinen «magister» bezeichnet, wenn er wohl (1362) auch nicht mehr unter ihm promoviert worden ist (Buridan ist wahrscheinlich spätestens 1360 verstorben). Vgl. H.A.G. BRAAKHUIS - M.J.F.M. HOENEN, *Marsilius of Inghen. A Dutch Philosopher and Theologian*, in H.A.G. BRAAKHUIS - M.J.F.M. HOENEN (Hrsg.) *Marsilius of Inghen*, Nijmegen 1992 (Artistarium, Supplementa 7), S. 1-13, hier S. 7. Allgemein D. DRÜLL, *Heidelberger Gelehrtenlexikon, 1386-1651*, Berlin - Heidelberg 2002, S. 372-375; vgl. zuletzt D. Walz in D. WALZ - R. DÜCHTING (Hrsg.), *Marsilius von Inghen, Gedenkschrift 1499 zum einhundertsten Todestag des Gründungsrektors der Universität Heidelberg* (Lateinische Literatur im deutschen Südwesten, 1), Heidelberg 2008, S. 7-13, sowie J. MIETHKE,

wissenschaft, Ethik und Metaphysik auch die Spitzenwissenschaften, so dass sie deswegen eigentlich als «principalis simpliciter», als «schlechthin grundlegend» für alles Wissen zu gelten hat. Die Einordnung der Artisten als die unterste und der anderen als Höhere Fakultäten gilt «wegen der Reichtümer, welche die Angehörigen der anderen Fakultäten besitzen» und auch, weil man allein mit den Grundlagenfächern der «Freien Künste» natürlich nicht den Gipfel des Wissens erlangen kann. Die trivialen Fächer (Grammatik, Logik und Rhetorik) sind *communia*, d.h. sie bieten nur eine Propädeutik für alles weitere Wissen[13]. Die den Artisten sozial weit überlegenen Juristen wirken nach Buridans Einsicht auch viel attraktiver auf die «magni viri et potentes», doch dabei gehe es ja nur um äußere Ehren und Reichtümer, denen die «inneren Werte» («bona interiora») der Philosophen bei weitem vorzuziehen sind.

Verlassen wir Buridan bei dieser Selbstbescheidung, die sich mit den inneren Werten des eigenen Faches begnügt, welche die evident mangelnde gesellschaftliche Achtung ersetzen müssen. Wir lernen diesem schwachen Trost der geisteswissenschaftlichen Fächer und Fakultäten zum Trotz nur, dass bei all diesem hohen Selbstwertbewusstsein der Artes-Fakultät in der gesellschaftlichen Wirklichkeit des Spätmittelalters die Akzeptanz der Juristen unerschüttert blieb, die sie in politischen Fragen seit alters besaßen[14].

*Marsilius von Inghen in Heidelberg*, in R. Düchting - J. Miethke - A. Seeliger-Zeiss - D. Walz (Hrsg.), *Marsilius Gedenken*, Heidelberg 2008, S. 7-16.

[13] *Quaestiones in Metaphysicam (ult. lect.)* I.2, Paris 1518, fol. 4rb, hier zitiert nach B. Michael, *Johannes Buridan*, S. 169 f. Anm. 295: «Quare autem nostra facultas sit infima? Potest dici quod hoc est propter divitias eorum qui alias profitentur; et quia etiam nostra facultas est valde communis: continet enim grammaticam, logicam, rhetoricam, et ratione harum ipsa non meretur dici principalis; sed cum illis artibus ipsa etiam continet naturalem philosophiam, secundum quam est principalis medicine, et moralem philosophiam, secundum quam est principalis legum, et metaphysicam, secundum quam est principalis simpliciter».

[14] Das ist an einer Textsorte des 13. Jahrhunderts ablesbar, den sogenannten «Guides de l'Étudiant», vgl. zusammenfassend etwa J. Miethke, *Spätmittelalter. Thomas von Aquin, Aegidius Romanus, Marsilius von Padua*, in Ch. Horn - A. Neschke-Hentschke (Hrsg.), *Politischer Aristotelismus. Die Rezeption der aristotelischen Politik von der Antike bis zum 19. Jahrhundert*, Stuttgart - Weimar 2008, S. 77-111, hier S. 80-83.

### 3. *Die Situation der Kanonistik an der scholastischen Universität*

Auch wenn Theologen und Philosophen den Juristen, den Kanonisten vehement eine wissenschaftliche Kompetenz für politische Theorie bestritten, sahen sich diese, wie nicht allein Buridan feststellen musste, nicht weniger, vielmehr eher verstärkt um Rat und Auskunft befragt. Mit der Kirchenreform des 11. Jahrhunderts hatte auch die Wissenschaft vom Kirchenrecht eine starke Aufwertung und Ausweitung erfahren. Papst Gregor VII. war sich zwar dessen bewusst: «Christus hat nicht gesagt: ich bin die Gewohnheit, sondern: ich bin die Wahrheit!»[15]. Mit solcher Kontraposition von Wahrheit und Traditionstrott aber blieb durchaus vereinbar, dass dieser Papst seine drängenden Forderungen nach Reform des kirchlichen Lebens mit Vorliebe mit Forderungen der «Väter» begründete. «Nicht von uns selbst kommt, was wir Euch auferlegen, sondern von den Heiligen Vätern ...» so heißt es in zahlreichen Briefen. Noch der berühmte *Dictatus papae* (von 1075)[16] konnte als ein «Index einer geplanten Kanonessammlung» verstanden werden[17]. Und Gregor hat nach dessen eigenen Bericht Petrus Damiani ausdrücklich dazu aufgefordert, die *decreta vel gesta* der Päpste, d.h. doch wohl alle kirchenrechtlichen Autoritäten zusammenzusuchen und aufzuschreiben, die für die Stellung der römischen Kirche wichtig sein könnten[18].

[15] *The «Epistolae vagantes» of pope Gregory VII*, hrsg. und übers. von H.E.J. COWDREY (Oxford Medieval Texts), Oxford 1972, S. 151, Nr. 67; dazu etwa H. FUHRMANN, *Das Reformpapsttum und die Rechtswissenschaft*, in J. FLECKENSTEIN (Hrsg.), *Investiturstreit und Reichsverfassung* (Vorträge und Forschungen, 17), Sigmaringen 1973, S. 175-203; auch J. MIETHKE, *Historischer Prozeß und zeitgenössisches Bewußtsein. Die Theorie des monarchischen Papats im hohen und späteren Mittelalter*, in «Historische Zeitschrift», 226, 1978, S. 564-599, hier S. 567-570. Vgl. auch inhaltlich A. MORITZ, *«Concordantia» als normatives Prinzip der Herrschaft über Freie und Gleiche, Nikolaus von Kues innerhalb der Geschichte der europäischen Demokratie*, in H. SCHWAETZER - K. ZEYER (Hrsg.), *Das europäische Erbe im Denken des Nikolaus von Kues: Geistesgeschichte als Geistesgegenwart*, Münster i.W. 2008, S. 257-279.

[16] Text in E. CASPAR (Hrsg.), *Das Register Gregors VII.* (MGH, *Epistolae selectae*, 2), Tl. 1, Berlin - Dublin - Zürich 1967$^3$, S. 201-208, Nr. II.55a. Zusammenfassend H. FUHRMANN, *Papst Gregor VII. und das Kirchenrecht. Zum Problem des «Dictatus papae»*, in «Studi Gregoriani», 13, 1989, S. 123-149. Vgl. auch das knappe Résumé und die umfängliche Bibliographie von H. MORDEK, *«Dictatus papae»*, in *Lexikon des Mittelalters*, Bd. 3, München - Zürich 1986, Sp. 978-981.

[17] K. HOFMANN, *Der «Dictatus Papae» Gregors VII. Eine rechtsgeschichtliche Erklärung* (Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft zur Pflege der Wissenschaft im Katholischen Deutschland. Sektion für Rechts- und Staatswissenschaft, 63), Paderborn 1933.

[18] K. REINDEL (Hrsg.), *Die Briefe des Petrus Damiani* (MGH, *Die Briefe der deutschen Kaiserzeit*, 4), Bd. 2, S. 228-247, Nr. 65, hier insbesondere S. 229, 10-15 (zuvor bei

Mit und aus dem Kreis der Kirchenreformer des 11. Jahrhunderts wuchs ein neues Interesse am Kirchenrecht, das nun in zahlreichen neuen Kompilationen immer breiter und in neuer Weise, nämlich systematisch geordnet und nicht mehr vorwiegend chronologisch gereiht zur Verfügung gestellt wurde[19]. Im Bologna des 12. Jahrhunderts hat dann «Magister Gratian» die Summe aus all diesen Bemühungen gezogen[20], dessen *Concordia dicordantium canonum* für die Zukunft bis ins 20. Jahrhundert hinein Überlieferung und Geltung des älteren Kirchenrechts bestimmen sollte. Was in das *Decretum* Aufnahme gefunden hatte, das war alsbald überall in Europa bekannt und ständig, auch an der Peripherie der Christenheit, als Text verfügbar. Was von Gratian nicht berücksichtigt worden war, blieb selbst Spezialisten nur äußerst schwierig auffindbar[21], ja meistens verborgen. Es ging verloren, wurde im besten Fall vergessen und blieb in Archiven vergraben, aus denen es erst in der Moderne eine kritische Geschichtsforschung wieder ans Licht bringen sollte, nicht freilich um seine Geltung neu zu begründen, sondern um die Quellen für eine Analyse der historischen Entwicklung des kirchlichen Rechts zu erheben.

MIGNE, *PL* 145, 89C). Dazu u.a. H. FUHRMANN, *Reformpapsttum und Rechtswissenschaft*, S. 175-203, hier S. 186 f.

[19] Die Literatur dazu ist ausserordentlich reich. Die ältere Synthese von P. FOURNIER - G. LE BRAS, *Histoire des collections canoniques*, 2 Bde., Paris 1931-1932, ND Aalen 1972, behält ihren Wert; vgl. auch St. KUTTNER, *Repertorium der Kanonistik (1140-1234), Prodromus corporis glossarum* (Studi e testi, 71), Città del Vaticano 1937, ND 1972; die neueste knappe Übersicht gab P. ERDÖ, *Geschichte der Wissenschaft vom kanonischen Recht. Eine Einführung*, hrsg. von L. MÜLLER (Kirchenrechtliche Bibliothek, 4), Berlin - Münster 2006.

[20] Zur Redaktionsgeschichte mit neuen Ergebnissen durchschlagend A. WINROTH, *The Making of Gratian's Decretum* (Cambridge Studies in Medieval Life and Thought, 4/49), Cambridge u.a. 2000 (hier ist die Frage, ob beide Redaktionen von einem Autor oder von zwei Bearbeitern stammen, nicht zu entscheiden). Zuvor vgl. etwa St. KUTTNER, *Harmony from Dissonance. An Interpretation of Medieval Canon Law* (Wimmer Lecture, 10), Latrobe PA 1960.

[21] Auf Kaiserurkunden und Archivalien beziehen sich sowohl Lupold von Bebenburg, als auch Nikolaus von Kues, vgl. etwa J. MIETHKE - Ch. FLÜELER (Hrsg.), *Politische Schriften des Lupold von Bebenburg* (MGH, *Staatsschriften des späteren Mittelalters*, 4), Hannover 2004, *Tractatus* cap. 5, *Editio maior*, S. 292 mit Anm. 261; NICOLAI DE CUSA, *De concordantia catholica*, hrsg. von G. KALLEN (Nicolai de Cusa Opera omnia, iussu et auctoritate academiae litterarum Heidelbergensis, 14/1-4), Hamburg 1959-1968 (danach wird hier zitiert), I, *prooemium* § 2, S. 3: «Credant igitur qui legerint, quia omnia ex antiquis originalibus, non ex cuiuscumquam abbreviata collectione huc attracta sunt»; oder die Erinnerung des Cusanus an die Benutzung des *Codex Carolinus* (heute Ms. Wien, Österreichische Nationalbibliotek, *Codex Vindobonensis* 449), DERS., *Conc. cath.*, III.3, § 316 (S. 340): «Ego quidem Colonie in maiori ecclesia volumen ingens omnium missivarum Hadriani I. ad Carolum et ipsius Caroli responsiones et insuper copias omnium bullarum vidi ...».

Im *Decretum* Gratians geht es vornehmlich um das Recht, das die Beziehungen in der Kirche, zwischen den kirchlichen Personen und Amtsträgern, bei Sakramentsverwaltung und Verkündigung regelt. Die Stellung der Laien, auch der Fürsten und Könige wird kaum wahrgenommen. Sicherlich kommt der Kaiser vor, wird aber vor allem in seiner Funktion für die Kirche und in der Kirche beschrieben[22]. So enthält die Sammlung etwa den Sicherungseid, den Otto der Große dem Papst Johannes XII. vor seiner Krönung 962 geschworen hatte[23]. Das ist dort aber zitiert, um die Unabhängigkeit der Papstwahlen von kaiserlicher Mitbestimmung zu belegen[24]. Die sogenannte *Konstantinische Schenkung*, jene Urkunde, durch die Kaiser Konstantin nach seiner Heilung von der Lepra und seiner Taufe an Papst Sylvester I. (neben vielen anderen Vorrechten) seinen Palast in Rom und die Herrschaft über die ewige Stadt geschenkt haben soll[25], findet sich dagegen nicht in der Endredaktion von Gratians Dekret. Sie kam erst später als «Palea» in den Textbestand[26] und wurde

[22] Klassisch die Studie von S. MOCHI ONORY, *Fonti canonistiche dell'idea moderna dello stato. Imperium spirituale – iurisdictio divisa – sovranità* (Pubblicazioni della Università Cattolica del Sacro Cuore, 38), Milano 1951.

[23] Di. 63 c. 33 *Tibi domino* (*Corpus Iuris Canonici*, ed. E. FRIEDBERG, 2 Bde., Leipzig 1879-1881 [künftig FRIEDBERG 1 bzw. 2], hier 1, Sp. 246). Der Kanon wurde nicht allein in zahlreichen Glossen kommentiert, er wurde auch später in päpstlichen Dekretalen unmittelbar als Beleg aufgerufen, vgl. Clem. 2.9.1 (FRIEDBERG 2, Sp. 1147-1150, hier Sp. 1148). König Siegmund hat in Konstanz am 24. Januar 1418 nach der Approbation seiner Wahl zum Römischen König seinen Sicherheitseid mit diesem Wortlaut Papst Martin V. geleistet, vgl. das Konzilstagebuch des GUILLAUME FILLASTRE, hrsg. von H. FINKE in *Acta Concilii Constantiensis*, Bd. 2, Münster i.W. 1923, S. 163: «Rex cum genibus flexis coram cruce tenensque manum dextrum super crucem prestitit iuramentum quod scriptum erat coram eo, quod ipse legit et iuravit. Forma autem iuramenti est Tibi domino [so ist zu lesen!], LXIII di. in decret., cuius tenor sequitur: Tibi d. Martino pape ...».

[24] Gratian hatte kurz zuvor auch das Versprechen Ludwigs des Frommen an den Papst aufgenommen, sich einer Einmischung in die Papstwahl zu enthalten: Di. 63 c. 30 (*Ego Ludovicus*), FRIEDBERG 1, Sp. 244 f.

[25] Maßgebliche Edition durch H. FUHRMANN, *Das Constitutum Constantini (Konstantinische Schenkung)*, (MGH, *Fontes iuris Germanici antiqui in usum scholarum separatim editi*, 10) Hannover 1968. Von der überreichen Literatur sei hier nur die jüngste Monographie genannt: J. FRIED, *Donation of Constantine and Constitutum Constantini. The Misinterpretation of a Fiction and its Original Meaning.* With a Contribution by W. BRANDES, *«The Satraps of Constantine»* (Millennium-Studien zu Kultur und Geschichte des ersten Jahrtausends n. Chr., 3), Berlin 2007 (dazu etwa die Rezensionen von J. MIETHKE in «H-Soz-u-Kult», 30. August 2007, oder von G. BOWERSOCKS in «Church History and Religious Culture», 88, 2008 S. 623-625).

[26] Di. 96 cc.13 und 14, FRIEDBERG 1, Sp. 342-345. Zur Rezeptionsgeschichte ausführlicher J. MIETHKE, *Die «Konstantinische Schenkung» in der mittelalterlichen Diskussion, Ausgewählte*

auch von den sogenannten «Dekretisten» zunächst nicht sonderlich beachtet[27].

Es ist unmöglich, hier im Einzelnen auf die eher sporadischen Zeugnisse einer Wahrnehmung des römisch-deutschen Reiches und seiner Verfassung, auf Kaiserbegriff und Kurfürstenrecht, oder allgemeiner auf die kanonistische Wahltheorie oder Königsauffassung einzugehen[28]. Die Verfassungszustände des Reichs drangen nur sehr allmählich in das Gesichtsfeld der Kanonisten. Selbst als einige Päpste in Konflikten mit deutschen Herrschern ihre eigenen Rechtsauffassungen durch umfangreiche Erklärungen der mittelalterlichen Öffentlichkeit mitteilten, änderte sich das nicht prinzipiell. Seit dem 13. Jahrhundert kam es immer wieder zu Auseinandersetzungen um Doppelwahlen und damit um das Wahlrecht der deutschen Königswähler und um kaiserliche Herrschaftsrechte[29]. In die privaten, offiziösen und offiziellen Sammlungen des päpstlichen *ius novum*, in die Dekretalensammlungen, sind diese Verlautbarungen zwar nicht allesamt[30], aber doch zumeist eingegangen und standen danach der schulmäßigen Glossierung an den Universitäten offen. Sowohl der *Liber Extra* Papst Gregors IX.[31], als auch der *Liber Sextus*

*Kapitel einer verschlungenen Rezeptionsgeschichte*, in A. GOLTZ - H. SCHLANGE-SCHÖNINGEN (Hrsg.), *Konstantin der Grosse. Das Bild des Kaisers im Wandel der Zeiten* (Beihefte zum Archiv für Kulturgeschichte, 66), Köln - Wien 2008, S. 35-109, insbesondere S. 48-51.

[27] J. FRIED, *Donation of Constantine*, besonders S. 19 f., 146 f. Immerhin zitiert und diskutiert Johannes Teutonicus das *Constitutum Constantini* in der *Glossa ordinaria* zu Di. 63 c. 30 (*Ego Ludovicus*), v. *viculis*.

[28] Gar nicht gehe ich hier ein auf das, was die deutsche Forschung lange Zeit die «Reichsidee» genannt hat. Dazu zuletzt ausführlicher etwa A. FUNDER, *Reichsidee und Kirchenrecht, Dietrich von Nieheim als Beispiel spätmittelalterlicher Rechtsauffassung* (Römische Quartalschrift für christliche Altertumskunde und Kirchengeschichte, 48. Supplementheft), Rom - Freiburg - Wien 1993.

[29] J. MIETHKE, *Einleitung* in die *Editio maior Lupolds von Bebenburg* (wie Anm. 44), S. 64 ff.

[30] Insbesondere einige päpstliche Erklärungen in der Auseinandersetzung der Kurie mit dem Stauferherrscher Friedrich II. sind – allein schon aus chronologischen Gründen – nicht in den Genuss dieser Verbreitungsschiene gelangt, etwa der Brief Gregors IX. an Friedrich II. vom 23. Oktober 1236, in C. RODENBERG (Hrsg.), *Epistolae saeculi XIII e regestis pontificum Romanorum selectae* (MGH, *Epistolae saeculi XIII e regestis pontificum Romanorum selectae*, 1), 1883[1], ND Hannover 2001, S. 600-605, Nr. 703.

[31] Dazu insbesondere M. BERTRAM, *Die Dekretalen Gregors IX.: Kompilation oder Kodifikation*, in C. LONGO O.P. (Hrsg.), *Magister Raimundus. Atti del Convegno per il IV centenario della canonizzazione die San Raimondo de Peñafort (1601-2001)*, (Institutum historicum fratrum Praedicatorum. Dissertationes historicae, 28) Roma 2002, S. 61-86.

Bonifaz' VIII.[32] und die *Clementinen* Johannes' XXII.[33] enthielten und begünstigten eine juristische Diskussion und Aufbereitung strittiger Punkte, freilich meist aus dem Blickwinkel verschiedener päpstlich-kurialer Rechtsansprüche. Allerdings blieb dieser Blickpunkt durchaus nicht immer gleich, er mochte sich vielmehr im Laufe der Zeit deutlich in seinem Schwerpunkt verschieben. Die immer feinere Ausbildung des kirchlichen Wahlrechts bei den Bischofswahlen, bei der Wahl des Papstes und bei kirchlichen Amts- und Pfründbesetzungen hat diese Entwicklung zusätzlich gefördert. Dabei ging es den Kirchenjuristen im Blick auf den Kaiser niemals um einen Totalentwurf der Verfassung des römisch-deutschen Reichs. Immer kam es vielmehr auf einzelne Argumente an, die auf konkrete Streitfragen anwendbar waren. Dass Innozenz' III. nach der Doppelwahl von 1198 in Deutschland Proteste der Staufischen Wähler gegen eine Parteinahme eines päpstlichen Legaten zugunsten des welfischen Königsprätendenten Otto IV. mit einem Brief zurückgewiesen hatte, der (unter seinem Anfangswort *Venerabilem*[34]) schließlich in den *Liber Extra* aufgenommen wurde[35], hat diesen Text zur *sedes materiae*, ja zu einem *locus classicus* für das deutsche Königswahlrecht avancieren lassen[36]. Dazu war die Dekretale ursprünglich gar nicht gedacht, wollte

[32] Zur Kompilation vor allem T. SCHMIDT, *Publikation und Überlieferung des «Liber Sextus» Papst Bonifaz' VIII.*, in U.-R. BLUMENTHAL - K. PENNIGTON - A.A. LARSON (Hrsg.), *Proceedings of the Twelfth International Congress of Medieval Canon Law, Washington D.C. 2004* (Monumenta iuris canonici, C. 13), Città del Vaticano 2008, S. 567-579; T. SCHMIDT, *Ricardo Petroni von Siena als Gutachter im Prozess gegen Papst Bonifaz VIII.*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte/Kanonistische Abteilung», 68, 1982, S. 277-293; jüngst allgemein Ch.H.F. MEYER, *Ordnung durch Ordnen. Die Erfassung und Gestaltung des hochmittelalterlichen Kirchenrechts im Spiegel von Texten, Begriffen und Institutionen*, in B. SCHNEIDMÜLLER - ST. WEINFURTER (Hrsg.), *Ordnungskonfigurationen im hohen Mittelalter* (Vorträge und Forschungen, 64), Ostfildern 2006, S. 303-411, insbesondere S. 352 ff.; zusammenfassend bereits A.M. STICKLER, *Historia iuris canonici Latini, Institutiones academicae*, Bd. 1: *Historia fontium*, Torino 1950, ND Zürich 1974, S. 257-264.

[33] St. GAGNÉR, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung* (Studia iuridica Upsaliensia, 1), Stockholm u.a. 1960.

[34] *Regestum Innocentii III papae super negotio Romani imperii*, hrsg. von F. KEMPF (Miscellanea historiae pontificiae, Bd. 12 = Nr. 21), Città del Vaticano 1947, S. 166-175, Nr. 62.

[35] X 1.6.34 (FRIEDBERG 2, Sp. 79-82); zuvor 3Comp 1.6.19, in *Quinque compilationes antiquae nec non collectio canonum Lipsiensis*, recognovit AE. FRIEDBERG, Leipzig 1882, ND Graz 1956, S. 107.

[36] Vgl. bereits K.G. HUGELMANN, *Die deutsche Königswahl im Corpus Iuris Canonici* (Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, 98), Breslau 1909, ND Aalen 1966, *passim*; oder (überspitzt) B. CASTORPH, *Die Ausbildung des römischen Königswahlrechtes. Studien zur Wirkungsgeschichte des Dekretale Venerabilem*, Göttingen -

sie doch nur ein konkretes strittiges Verhalten des Papstes bzw. seines Legaten rechtfertigen. Da sie dieses Ziel aber unter Berufung auf allgemeine Rechtsüberzeugungen ansteuerte, war ein deutlicher Ansatzpunkt für weiterreichende Überlegungen der juristischen Fachleute geboten. Gewiss, einzelne Begriffe und ihr Verständnis verschoben sich im Laufe der Kommentierung durch die Jahrzehnte und Jahrhunderte erheblich. So stand die Auffassung davon, wie eine «Approbation» der Wahl durch den Papst aussehen konnte und was sie bewirken mochte, nicht von Anfang an fest, vielmehr hat das erst Innozenz IV. näher ausgeführt[37], dem dann Bonifaz VIII. in seiner politischen Praxis gefolgt ist[38]. Über eine unbestrittene Wahl, Einstimmigkeit, Mehrheitswahl und damit über die Bedingungen der Gültigkeit einer gespaltenen Wahlentscheidung entschied man erst noch später. War die *electio concors* (d.h. die «unbestrittene», nicht etwa einstimmige Wahl!) zunächst ihrem Begriff nach an der *unanimitas* der Wähler orientiert[39], was sich eindeutig, wie man meinte, daran ablesen ließ, dass niemand ihrem Ergebnis widersprach, wie immer im einzelnen die Stimmen gefallen sein mochten, so begann man danach zumindest bei anderen Wahlen, die Stimmen zu zählen, Mehrheit und Minderheit damit festzustellen und die *unanimitas* zu gewichten[40].

Zürich - Frankfurt a.M. 1978. Zur analogen Ausbildung des Königswahlrechts der deutschen Kurfürsten und zur Formierung des Kardinalkollegs (im Vergleich mit der englischen Verfassungsentwicklung) M. KAUFHOLD, *Die Rhythmen politischer Reform im späten Mittelalter. Institutioneller Wandel in Deutschland, England und an der Kurie, 1198-1400, im Vergleich* (Mittelalter-Forschungen, 23), Ostfildern 2008.

[37] Nur drei einflussreiche Beispiele (neben der *Glossa ordinaria* zu X 1.6.34) seien genannt: JOHANNES TEUTONICUS, zu 3Comp 1.6.19 in JOHANNIS TEUTONICI *Apparatus glossarum in Compilationem tertiam*, hrsg. von K. PENNINGTON (Monumenta iuris canonici, A.3), Bd. 1, Città del Vaticano 1981, S. 84-87; INNOZENZ IV., *Lectura*, hier benutzt nach dem Druck SINIBALDUS FLISCUS (INNOCENZ IV.), *Commentaria, Apparatus in V libros Decretalium*, Frankfurt a.M. 1570, ND Frankfurt a.M. 1968, fol. 65rb-666rb. Vgl. dazu die bereits wesentlich umfangreichere Kommentierung bei in der *Lectura* des HOSTIENSIS: HENRICUS DE SEGUSIO cardinalis Hostiensis, *In primum decretalium librum commentaria*, Venedig Apud Iuntas 1581, ND Torino 1965, fol. 59va-61va, usw.; die Liste ließe sich mühelos vermehren.

[38] J. MIETHKE, Art. *Approbation der deutschen Königswahl*, in *Lexikon für Theologie und Kirche*, Bd. 1, 1993³, Sp. 888-891; vgl. auch DERS., *Einleitung* zur *Editio maior* (wie Anm. 44), S. 66 ff.

[39] So mit vollem Recht H.-J. BECKER, Art. *Wahl, Wahlrecht*, in *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. 5, 1998¹, Sp. 1083-1086, hier Sp. 1083, der feststellt, «daß in älteren Zeiten die Wahl im Zeichen der *unanimitas* steht. Das Abstimmungsverfahren dient dem Ausdruck des einhelligen Willens der Beteiligten».

[40] Eine *electio concors* brauchte also nicht einstimmig, sie sollte aber einmütig, d.h. jedenfalls unangefochten sein: auch die unterlegene Partei sollte dem Ergebnis letztend-

Nachdem es nach der erneuten Doppelwahl von 1257 zuerst noch um mehrere päpstliche Zwischenentscheide ging, hat dann erst 70 Jahre später ein neues Argument die deutschen Königswahlen juristisch anders bewertet. Da Lupold von Bebenburg die deutschen Kurfürsten als Kolleg und damit kanonistisch als *universitas* verstand[41], war für eine zuverlässige Argumentation zugunsten einer Mehrheitswahl und ihre Gültigkeit gesorgt, was wenig später dann im Kurfürstenspruch von Rhens (1338) und erst recht in der Goldenen Bulle Karls IV. (1356) auch reichsrechtlich fixiert worden ist. Die in der Dekretale *Venerabilem* grundgelegte kanonistische Auffassung des Wahlrechts für die römisch-deutsche Herrscherwürde hat in dieser modernisierten Form bis zum Ende des Alten Reiches (1806) in den Grundzügen Bestand behalten. Die Dekretale selbst konnte auch noch im 18. Jahrhundert als normative Regelung bzw. deren Anerkennung zitiert werden[42].

lich beipflichten. Freilich wurden sich die Juristen in der Formulierung dieses Prinzips noch lange nicht einig. Die Schwierigkeiten erhellen z.B. noch aus der *Glossa ordinaria* des JOHANNES ANDREAE zum *Liber Sextus* [hier zitiert nach dem Druck Venedig 1591, 82$^{b}$ und 87$^{b}$] hier ad VI 1.6.16, v. *concordem*, wo eine «electio concors» als eine Wahl definiert wird, «quando omnes consentiunt nemine discrepante»; allerdings wird dann später, ebenda, v. *non dissenserint* festgestellt: «nota medium inter consentire et dissentire, scilicet non dissentire, concor. infra, De regulis iuris, Is qui tacet <non fatetur, sed nec utique negare videtur>» [= VI 5.13.44 *De regulis iuris*, cf. *Dig.* 50.17.142]. Damit weigert sich auch diese Glosse, «Einmütigkeit» mit «Einstimmigkeit» zu identifizieren. Um diese Tradition auch unter den veränderten Bedingungen des dann entwickelten und in Geltung stehenden Mehrheitsprinzips festzuhalten, wird man später immer wieder bestrebt sein, das Ergebnis als «electio concors» zu verkünden, bzw. die Mehrheitsentscheidung als «electio concors» zu deklarieren, so z.B. die *Goldene Bulle*, art. II § 4 [ed. W.D. FRITZ, in MGH, *Constitutiones et acta publica imperatorum et regnum*, Bd. 11, Weimar 1988, S. 576, 28-30]: «Postquam autem in eodem loco ipsi vel pars eorum maior numero elegerit, talis electio perinde haberi et reputari debebit, ac si foret ab ipsis omnibus nemine discrepante concorditer celebrata». Die Frankfurter Übersetzung (noch aus dem 14. Jahrhundert, abgedruckt *ibidem*, S. 577, 27 f.) überträgt die kanonistisch präzise Aussage des lateinischen Textes folgendermaßen ins Deutsche: «Nachdeme daz sie adir der merer deil undir in gewelit han, die selbe wal sal gehabit sin und behaltin werdin, alse ob sie eynmudeliclichin von in allen were geschehin».

[41] Vgl. JOHANNES ANDREAE, *Additio* zu GUILLELMUS DURANTI, *Speculum iudiciale*, hier zitiert nach dem Druck Basel 1574, ND Aalen 1975, Bd. 1, S. 422, 6 (lib. II particula 1, *De rescriptorum praesentatione*, § 9 Rdnr. 18). Zur Bedeutung dieser Entscheidung P. LANDAU, *Was war um 1300 ein Kollegium?*, in A. WOLF (Hrsg.), *Königliche Tochterstämme. Königswähler und Kurfürsten* (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 152), Frankfurt a.M. 2002, S. 485-496.

[42] Zuletzt dazu der mächtige Sammelband U. HOHENSEE u.a. (Hrsg.), *Die Goldene Bulle. Kaiser Karls IV. Politik – Wahrnehmung – Rezeption*, 2 Bde. (Berlin-Brandenburgische Aka-

## 4. *Das staatrechtliche Projekt des Lupold von Bebenburg*

Neben solch allgemeiner Förderung juristischer Argumentation im politischen Streit lieferte die Kanonistik – oder besser: lieferten insbesondere Kanonisten – Vorgaben zu einem juristischen Gesamtentwurf der Reichsverfassung. Das hat wohl nicht primär eine öffentlichrechtliche Funktion des kanonischen Rechts bewirkt. Vielmehr waren in Dekret und Dekretalen Anknüpfungspunkte an die zeitgenössische Verfassungswirklichkeit deutlicher zu finden als in den interpretationsbedürftigen Amtsbezeichnungen und Kompetenzaussagen des *Corpus Iuris Civilis*. Natürlich konnten auch Kanonisten ihre Thesen nicht ohne deutliche Seitenblicke auf die jeweils aktuelle tagespolitische Lage und ihre Konflikte entwickeln, zumal solche Konflikte häufig allererst Anfragen an die Theorie und die Theoretiker hervorriefen. Das sei hier an drei ausgewählten Beispielen, an Lupold von Bebenburg, an Nikolaus von Kues und Peter von Andlau verdeutlicht.

Spätestens im November 1339[43] hat der damalige Offizial des Würzburger Bischofs und *doctor decretorum* Lupold von Bebenburg († 1363) einen Traktat *De iuribus regni et imperii*[44] abgeschlossen, der meiner Auffassung nach[45] durchaus als «Prolegomena zu einem deutschen Staatsrecht»

demie der Wissenschaften. Berichte und Abhandlungen, Sonderbd. 12/1-2), Berlin 2009, *passim*, vgl. das Register, Bd. 2, S. 1248.

[43] Das ist das älteste in einer Handschrift genannte Datum, vgl. Ms. Tübingen, Wilhelmsstift Gb 439, fol. 269rb: «Explicit tractatus completus in civitate Herbipolensi metropoli Franconie sub a. d. 1339 in crastino beate et eximie virginis et martiris Catherine [= 26. November 1339], sed scriptus et in parte correctus minus bene propter defectum exemplaris sub eiusdem d. a. 1424 in die sanctorum Cyrilli ac sociorum eius martirum que erat tercia dominica post actam penthecostem». Vgl. *Editio maior* (wie Anm. 44), S. 199 f., S. 409, Anm. q-q. (Die aus dem Jahr 1424 stammende Tübinger Hs. [«Tg»] selbst ist näher beschrieben ebendort, S. 175-179.)

[44] *Politische Schriften des Lupold von Bebenburg*, hrsg. von J. Miethke - Ch. Flüeler (MGH, *Staatsschriften des späten Mittelalters*, 4), Hannover 2004 (*Edition maior*); Lupold von Bebenburg, *De iuribus regni et imperii / Über die Rechte von Kaiser und Reich* [lateinisch-deutsch], hrsg. von J. Miethke, übers. von A. Sauter (Bibliothek des deutschen Staatsdenkens, 14), München 2005 (*Editio minor*).

[45] J. Miethke, *Einleitung* zu *Editio maior*, S. 97-122; ders., *Nachwort* zu *Editio minor*, S. 310-321; ders., *Kanonistik und Prolegomena zu einem deutschen Staatsrecht: Lupold von Bebenburg und Peter von Andlau im Vergleich*, in: *Science politique et droit public dans les facultés européennes (XIIIe-XVIIIe siècle)*, (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 229) Frankfurt a.M. 2008, S. 125-141; C. Hirschi, *Wettkampf der Nationen, Konstruktion einer deutschen Ehrgemeinschaft an der Wende vom Mittelalter zur Neuzeit*, Göttingen 2005, insbesondere S. 93-108. Nicht überzeugt haben mich die grämlichen Einwände von M.-L. Heckmann in einer Rezension der *Editio maior* in: *Editionen in der Kritik. Editions-*

bezeichnet werden kann. Hier hat Lupold an den zentralen Formulierungen des Rhenser Weistums entlang[46] jeder päpstlichen Mitwirkung an der Herrschaftssukzession im Römisch-Deutschen Reich eine juristisch fundierte Absage erteilt. Lupold traf die Grundentscheidung, den deutschen Herrscher, den Papst Innozenz III. in *Venerabilem* als «in imperatorem promovendus»[47] betitelt hatte, jetzt in aller Bescheidenheit mit den Mitteln der allgemeinen kanonistischen Königstheorie 'nur' als König unter europäischen Königen zu beschreiben. Die Vorrechte des Kaisers, der im Römischen Recht als *dominus mundi* benannt worden war[48], sollten

*wissenschaftliches Rezensionsorgan*, Bd. 2, hrsg. von H.-G. ROLOFF (Berliner Beiträge zur Editionswissenschaft, 7), Berlin 2008, S. 272-276, insbesondere S. 273 f.: sie lässt Lupold eine ungeschmälerte Kaiserherrschaft des von den Kurfürsten erwählten Römischen Königs behaupten und sieht es als sein Hauptziel an, Papst und Kaiser in gleicher Augenhöhe walten und miteinander streiten zu sehen. Abgesehen davon, dass diese ganz allgemeinen und nicht sehr trennscharfen Beweisziele Lupold seine Individualität nähmen, so kommt es m.E. entscheidend auf die (kanonistischen und historischen) Mittel an, mit denen Lupold seine Argumentationen führt, sowie auf seine differenzierende Antwort auf das Problem der damals modernen Königreiche Westeuropas im Verhältnis zum *imperium*.

[46] Das Verhältnis der Kapitelüberschriften zu den wichtigsten Punkten der Rhenser Kurfürstenerklärung ist durch Paralleldruck verdeutlicht in *Editio maior*, S. 113 f.

[47] *Venerabilem*, X 1.6.34 (FRIEDBERG 2, Sp. 80): «... Verum illis principibus ius et potestatem eligendi regem in imperatorem postmodum promovendum recognoscimus ...».

[48] *Dig.* 14.2.9: κύριος τοῦ κόσμου (von VOLUSIUS MAECIANUS dem Imperator Antoninus Pius zugeschrieben). Vgl. dazu weitere Stellen, die die Herrschaft des Kaisers über die Welt implizieren: Rom als *communis nostra patria*, in *Dig.* 50.1-33 [MODESTINUS]; Rom als *caput orbis terrarum*, in *Cod.* 1.17.10 [JUSTINIAN]. Übernommen hat diesen Kaisertitel (ca. 1216) JOHANNES TEUTONICUS in seinem Apparat zur *Compilatio tertia* [1.6.19, v. *in Germanos*, S. 84 (im folgenden werden die Allegationen übersprungen)], er leitet ihn jedoch vor allem daraus ab, dass der Kaiser das «regimen Romane ecclesie» habe: «Sic ergo regimen mundi est translatum ad Theutonicos, nam et habent regimen Romane ecclesie ... et sic patet quod imperium non est apud Grecos, licet largo nomine appelletur imperator ... sicut rex scaccorum dicitur rex. Extra ecclesiam autem non est imperium ... Est autem imperator iste super omnes reges ..., et omnes nationes sub eo sunt ... Ipse enim est dominus mundi ... etiam Iudei sub eo sunt ... et omnes poroivincie sub eo sunt ..., nisi aliquis se doceat exemptum ... Nec aliquis regum potuit prescribere exemptionem, cum non habeat in hoc locum prescriptio ... nec aliquis regum potuit eximi ab imperio, quia illud esset acefalum ... et esset monstrum sine capite...». Henricus de Segusio, der HOSTIENSIS, hat später in seiner *Lectura* zu X 1.6.34 *Venerabilem* (von ca. 1270/72), v. *in Germanos*, diese Liste von Kaisertiteln zum grössten Teil wörtlich wiederholt, vgl. HOSTIENSIS, *Commentaria*, ad X 1.6.34, Venedig 1581 (ND 1965), fol. 60[ra], Rdnr. 6-7 (bei Innozenz IV. dagegen taucht der *dominus mundi* an dieser Stelle nicht auf!); vgl. aber zu den *Consilia* des BALDUS: K. PENNINGTON, *Allegationes, Solutiones, and Dubitationes: Baldus de Ubaldis' Revisions of his Consilia*, in M. BELLOMO (Hrsg.), *Die Kunst der Disputation: Probleme der Rechtsauslegung und Rechtsanwendung im 13. und 14. Jahrhundert* (Schriften des Historischen Kollegs. Kolloquien, 38), München 1997, S. 29-72, hier S. 34

zwar auch nach Lupold Meinung kraft der Kaiserkrönung in Rom zu der quasistaatsrechtlichen Kompetenz des *rex Romanorum* hinzutreten. Lupold lässt aber keinen Zweifel daran, dass der von den Kurfürsten Gewählte mit seiner gültig vollzogenen papstfreien Königswahl in seinem Reich sofort alle kaiserlichen Rechte besitze, mit dem Gemeinen Recht gesprochen also das «merum et mixtum imperium»[49]. Der deutsche König kann – ebenso wie ein König von England, Frankreich oder Spanien – sogleich mit seinem Regierungsantritt, und d.h. für Lupold: unmittelbar mit seiner gültig vollzogenen Wahl seine Regierung üben: Es ließe sich seine These mit einer Formel formulieren, die Lupold freilich niemals wörtlich so gebraucht hat: «imperator rex in imperio suo»[50]. Das wird im *Tractatus* kanonistisch gut unterfüttert. Zusätzlich argumentiert Lupold

und besonders S. 37, Text S. 49-50. Eine ausführliche Zusammenstellung entsprechender Textbelege (über das *Corpus Iuris Civilis* hinaus) hat geliefert bereits JOHANN HEINRICH PFEFFINGER in seinem materialreichen *Corpus iuris publici ad ductum Institutionum juris publici* PHILIPPI REINHARDI VITRIARII *elaboratum*, Bd. 1 [hier benutzt in der Aufl. Gotha (sumptibus Iacobi Mevii), Bd. 1, 1739], S. 294 f., 375-378, u.ö.; zu Pfeffinger vgl. besonders M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 1, S. 251 mit Anm. 175. Dazu allgemein auch K. PENNINGTON, *The Prince and the Law, 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, Berkeley - Los Angeles - Oxford 1993, S. 8-37; P. BELLINI, *Dominus totius mundi*, in *Popoli e spazio romano tra diritto e profezia* (Da Roma alla Terza Roma. Studi, 3), Napoli 1986, S. 247-271; E. CONTE, *Ego quidem mundi dominus. Ancora su Federico Barbarossa e il diritto giustinianeo*, in *Studi sulle società e le culture del Medioevo per Girolamo Arnaldi*, Roma 2002, S. 135-148.

[49] *Tractatus* c. 7 (*Editio maior*, S. 305 f.; *Editio minor*, S. 114-116): «Licet reges eciam in suis regnis non habeant potestatem imperialem exercendi a iure, cum populus Romanus ius et potestatem imperii non in reges, sed in imperatores transtulerit ... tamen consuetudo generalis est omnium regnorum occidentalium a tempore, cuius contrarii non est memoria hominum hactenus observata, quod reges ipsorum in suis regnis et quoad suos subditos exercent actus reservatos a iure imperatori; merum enim et mixtum imperium in suis regnis exercent ... infames eciam in eisdem suis regnis ad famam restituunt, tabelliones creant, vectigalia recipiunt et concedunt hiis similia; que consuetudo, ex quo est tanto tempore, cuius contrarii non est memoria, observata, valet et est licita, ut eciam probari potest iure canonico».

[50] Vgl. dazu H.G. WALTHER, *Imperiales Königtum, Konziliarismus und Volkssouveränität. Studien zu den Grenzen des mittelalterlichen Souveränitätsgedankens*, München 1976, S. 228, der formuliert, Lupold habe «den Kaiser endlich auch zum *imperator in regno suo* werden» lassen wollen. Lupolds eigene Formulierungen in *Tractatus* c. 9 (*Editio maior*, S. 320; *Editio minor*, S. 140) umschreiben m.E. vorsichtig diesen Gedanken: «... hec opinio ex hoc maxime videtur habere veritatem, quod reges alii christianitatis, qui tamen hodie ut plurimum non recognoscunt imperatorem Romanorum nec aliquem alium superiorem in temporalibus, nec ab ecclesia Romana nec ab aliis ecclesiis recipiunt et tenent in feudum merum et mixtum imperium et alia regalia, de quibus habetur in libro feudorum titulo Que sint regalia capitulo un<ic>o, in suis regnis, sed pocius econtra prelati ecclesiarum regalia suarum ecclesiarum ab ipsis regibus in feudum recipere ac tenere noscuntur ...».

historisch. Ausführlich und mit scharfsinniger Kennerschaft zeigt er an der Geschichte des Reichs, dass die deutschen Herrscher sich praktisch seit Karl dem Großen dieser seiner Theorie entsprechend verhalten hätten; denn Karl der Große gilt ihm wie selbstverständlich als Deutscher![51].

Zugunsten dieser gewissermaßen territorialisierten Souveränitätstheorie, die jedem königlichen Herrscher in jeweils seinem Königreich die oberste Gewalt ohne alle Mitwirkung des Papstes einräumt[52], muss Lupold allerdings die traditionellen Ansprüche aus dem Kaisertitel, die er verbal noch nicht aufgibt, doch stark reduzieren. Alle kaiserlichen Vorrechte stehen zwar dem deutschen Herrscher in seinem eigenen Reich weiterhin ohne Einschränkung zu Gebot. In der Welt außerhalb jedoch stoßen sie sich erheblich mit den gleichartigen Rechten der dortigen Könige. So verfällt Lupold darauf, dem Weltkaiser allgemein nur eng begrenzte mit diesen fremden Souveränitätsrechten konkurrierende *actus reservati de iure* zuzugestehen, Ehrenvorrechte, die er mehrmals genau aufzählt: Legitimation von Bastarden, Restitution von ehrlos Erklärten, Bestellung von kaiserlichen Notaren, Gesetzgebung «und dergleichen mehr»[53]. Bei

[51] Besonders deutlich *Tractatus* c. 3 (*Editio maior*, S. 260; *Editio minor*, 52): «Prima via ad id probandum sumitur considerata persona ipsius Karoli magni. Fuit enim ipse Francus Germanicus, ut refert predicta cronica Godefredi [d.i. Gottfried von Viterbo, Pantheon, v. 1450] de eodem Karolo ponens hunc versum: Romuleus matre theutonicusque patre. Id eciam habet communis assercio Germanorum dicencium fuisse locum originis sue villam Ingelnheim, que a civitate Maguntina per duo miliaria theutonica tantum distat ...». Vgl. dazu auch H. Münkler - H. Grünberger - K. Mayer, *Nationenbildung. Die Nationalisierung Europas im Diskurs humanistischer Intellektuelle. Italien und Deutschland* (Politische Ideen, 8), Berlin 1998, S. 180 ff. und besonders C. Hirschi, *Wettkampf der Nationen, Konstruktionen einer deutschen Ehrgemeinschaft an der Wende vom Mittelalter zur Neuzeit*, Göttingen 2005, S. 93-108.

[52] Vgl. nur die eingehenden Erörterungen in *Tractatus*, c. 15 (*Editio maior*, S. 382-392; *Editio minor*, S. 238-252), hier S. 392 bzw. S. 252: «Nec eciam obstat premissum dictum Hostiensis superius allegatum, scilicet quod consuetudo non possit operari, quod in eadem civitate vel dyocesi sint in solidum duo capita et cetera. Dico enim, quod imperator et reges in regnis talibus non habent in solidum eodem modo iurisdictionem in causis meri et mixti imperii, sed imperator habet mediatam et reges immediatam in hiis causis, ut predixi, sicut dicimus in iure canonico de archiepiscopo et episcopo suffraganeo ipsius archiepiscopi quo ad causas subditorum suffraganei secundum ea que leguntur et notantur Extra de officio ordinarii, *Pastoralis* in principio [= X 1.31.11, sowie die Glossa ordinaria des Johannes Andreae zur Stelle, v. invitum], et sic non erunt hic duo capita in solidum ...».

[53] Mehrmals im *Tractatus* spricht Lupold von solchen Sonderkompetenzen: *Tractatus* c. 7 (*Editio maior*, S. 302; *Editio minor*, S. 110): «Quedam vero alia est potestas exercendi actus imperatori de iure reservatos, que consistit in legittimandis illegittimis quoad temporalia, in restituendis infamibus ad famam, in creandis tabellionibus et in similibus»;

einer Wahrnehmung dieser Reservatrechte in möglicher Konkurrenz zu fremden Königskompetenzen rät Lupold dem Kaiser nachdrücklich zu Bescheidenheit. Von Rechts wegen müssten die fremden Könige zwar solche kaiserlichen Akte hinnehmen, sie würden sie aber *de facto* in ihrem Herrschaftsgebiet gewiss nicht dulden. Mit der Unterscheidung von *de iure*-Ansprüchen und *de facto*-Kompetenzen hat Lupold das Reichsrecht gewissermaßen auf eine virtuelle völkerrechtliche Basis gestellt. Die kaiserlichen Ehrenrechte brauchten nur noch weiter zu verblassen, dann war der deutsche Herrscher ein König unter europäischen Königen.

## 5. *Ein konziliarer Blick auf die deutsche Reichsverfassung: Nikolaus von Kues*

Das Kaiserrecht im deutschen Herrschaftsbereich findet sich bei dem nächsten Juristen, dem wir uns hier zuwenden wollen, nicht mehr in einem eigenen Traktat thematisiert. Aber unter einer spezifischen kirchenpolitischen Perspektive wird ein intensiver Blick auf das gesamte Reich geworfen. Als ein ebenfalls in Italien, in Padua (1423) promovierter *doctor decretorum* und Prokurator des Grafen von Manderscheid (eines erwählten Erzbischofs von Trier) hat Nikolaus von Kues († 1464) 1433/34 – und also etwa ein Jahrhundert nach Lupold von Bebenburg[54] – seine Denkschrift *De concordantia catholica*[55] niedergeschrieben. Es ist nicht möglich,

c. 11 (*Editio maior*, S. 340; *Editio minor*, S. 170): «...ita quod potest in eis [scil. regnis] spurios legittimare quoad temporalia, infames ad famam restituere, leges condere et hiis similia facere que de iure sunt solis imperatoribus reservata»; c. 7 (*Editio maior*, S. 305 f.; *Editio minor*, S. 114 / 116 sq.); über den Erwerb dieser Kompetenz vgl. c. 12 (*Editio maior*, S. 349-352; *Editio minor*, S. 188-192).

[54] «Nach 1433 April/Juli 13 – bevor Ende 1433/1434 Februar 23», so zusammenfassend zur Datierung Meuthen in *Acta Cusana. Quellen zur Lebensgeschichte des Nikolaus von Kues*, hrsg. von E. MEUTHEN, Bd. I/1, Hamburg 1976, S. 129 f. Nr. 202. Allgemein zu diesem Arbeitsinstrument E. MEUTHEN, *Die Acta Cusana. Gegenstand, Gestaltung und Ertrag einer Edition* (Cusanus-Studien, 10; Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften. Phil.-hist. Kl., 1994/95, Heidelberg 1994; vgl. auch J. MIETHKE, Rezension zu *Acta Cusana* I/1, in «Mittellateinisches Jahrbuch», 15, 1980, S. 250-252; sowie die Gesamtwürdigung W. BEIERWALTES, *Cusanus-Edition*, in V. SELLIN - E. WOLGAST - S. ZWIES (Hrsg.), *Die Forschungsvorhaben der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, 1909-2009*, Heidelberg 2009, S. 105-113, besonders S. 110.

[55] NICOLAI DE CUSA *De concordantia catholica*, hrsg. von G. KALLEN (NICOLAI DE CUSA *Opera omnia iussu et auctoritate academiae litterarum Heidelbergensis*, 14/1-4), Hamburg 1959-1968 (danach wird hier zitiert). Zur Überlieferung und zu den unterscheidbaren Redaktionen am ausführlichsten G. KALLEN, *Die handschriftliche Überlieferung der «Concordantia*

hier in eine volle Würdigung dieses in jeder Hinsicht gewichtigen Textes einzutreten, der eindringlich zu den damals aktuellen Streitfragen in der hitzigen Anfangsphase des Basler Konzils Stellung bezieht. Der promovierte *decretorum doctor*[56] hatte zeit seines Lebens nicht die Universität als Beruf im Blick: Bereits 1426, also lange bevor er nach Basel auf das Konzil zog, hatte er das Angebot der neu eröffneten Universität Löwen abgelehnt, dort eine Professur der Kanonistik zu übernehmen, wie er ein ähnliches Angebot 1435 erneut ablehnen sollte. Seine Karriere wollte Nikolaus außerhalb und neben der Universität machen, und er machte sie nicht zuletzt aufgrund seines Wirkens auf dem Konzil von Basel[57].

In der *Concordantia catholica* sollte der Konsens aller Glieder der Kirche als unabdingbare Grundlage und Voraussetzung der Autorität von Papst und Konzil und einer legitimen Regierung der Kirche erwiesen werden[58]. Seine

*catholica»* (Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften. Phil.-hist. Kl., 1962/63), Heidelberg 1963; zum Titel etwas ausführlicher etwa C. LÜCKING-MICHEL, *Konkordanz und Konsens. Zur Gesellschaftstheorie in der Schrift «De concordantia catholica» des Nicolaus von Cues [sic!]* (Bonner dogmatische Studien, 16), Würzburg 1994, S. 63-65; vgl. auch inhaltlich A. MORITZ, *«Concordantia» als normatives Prinzip der Herrschaft über Freie und Gleiche, Nikolaus von Kues innerhalb der Geschichte der europäischen Demokratie*, in H. SCHWAETZER - K. ZEYER (Hrsg.), *Das europäische Erbe im Denken des Nikolaus von Kues: Geistesgeschichte als Geistesgegenwart*, Münster i.W. 2008, S. 257-279.

[56] *Acta Cusana* I/1, S. 6 (Nr. 18). Vgl. allgemein zur juristischen Tätigkeit des Cusanus insbesondere E. MEUTHEN, *Nikolaus von Kues als Jurist*, in H. BOOCKMANN - L. GRENZMANN - B. MOELLER - M. STAEHELIN (Hrsg.), *Recht und Verfassung im Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit*, Tl. 2: *Bericht über die Kolloquien der Kommission zur Erforschung der Kultur des Spätmittelalters 1996 bis 1997* (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Phil.-hist. Klasse, 3. Folge, 239), Göttingen 2001, S. 247-275.

[57] *Acta Cusana* I/1, S. 23 und 161 Nnr. 64 und 235.

[58] *Conc. cath.* II.8-15 §§ 97-137 (S. 130-172) – offenbar ein späterer Zusatz zum Erstentwurf. Die Literatur zu dieser Schrift ist ungemein ausgedehnt. Insbesondere P.E. SIGMUND, *Nicholas of Cusa and Medieval Political Thought*, Cambridge MA 1963; M. WATANABE, *The Political Ideas of Nicholas of Cusa with Special Referencew to his «De Concordantia Catholica»*, Genf 1963. Knapp neuerdings etwa K. FLASCH, *Nikolaus von Kues, Geschichte einer Entwicklung, Vorlesungen zur Einführung in seine Philosophie*, Frankfurt a.M. 1998, S. 71-92; C.J. NEDERMAN, *Lineages of European Political Thought, Explorations along the Medieval/Modern Divide from John of Salisbury to Hegel*, Washington D.C. 2009, S. 182-189; K. VON BEYME, *Geschichte der politischen Theorien in Deutschland, 1300-2000*, Wiesbaden 2009, 32-43. Vgl. J. MIETHKE, *Die Einheit der Kirche in der «Concordantia catholica» des Nikolaus von Kues*, in R.G. KHOURY, J. HALFWASSEN (Hrsg.), *Platonismus im Orient und Okzident, Neuplatonische Denkstrukturen im Judentum, Christentum und Islam*, Heidelberg 2005, S. 201-213; zuletzt auch G. PIAIA, *Niccolò Cusano pensatore politico, ultimo dei medievali o primo dei moderni?* in P. ROCHE ARNAS (Hrsg.), *El pensamiento político en la Edad Media*, Madrid 2010, S. 215-229.

ursprüngliche Planung erweiternd, die sich zunächst allein mit kirchlichen Strukturen befasst hatte, fügte Nikolaus den ersten beiden Hauptteilen seiner Schrift schließlich noch einen Dritten Teil hinzu mit Ausführungen über legitime Gesetzgebung und Regierungstätigkeit in staatlicher Herrschaftsordnung, was er offenbar in Erwartung der Ankunft und in Wahrnehmung der Gegenwart[59] des deutschen Herrschers und römischen Kaisers Siegmund und wohl auch aus systematischen Gründen tat, da er damit die Allgemeingültigkeit seiner konziliaren Einsichten belegen konnte.

Bezeichnend genug ist schon sein Gedankengang in dieser die kirchliche Einheit ergänzenden Reflexion: Nikolaus nimmt betont Rücksicht auf die Parallelität, ja Analogie beider Ordnungen, der weltlichen und der kirchlichen, die im gleichen Ursprung beider in Gottes Anordnung begründet ist. Doch wird das nicht theologisch abgeleitet. Im «Prooemium» des Dritten Buchs[60] bereits beginnt eine sachliche Erörterung mit einer Rekapitulation der aristotelischen Theorie über die Entstehung der politischen Gesellschaftsverfassung, die der Cusanus jedoch nicht direkt der aristotelischen *Politik* selbst entnimmt. Vielmehr folgt er Schritt für Schritt der allerdings nicht ausdrücklich genannten[61] Führung durch Marsilius von Padua, der ihm nach seiner eigenen Aussage erst in Basel zur Kenntnis gekommen war. Sodann destruiert Nikolaus von dieser offenbar als allgemeingültig angesehenen Begründung menschlicher gesellschaftlicher Organisation her die in der ihm vorliegenden kanonistischen Tradition herrschend gewordene Lehre von der Überordnung des Papstes über den Kaiser.

[59] Kaiser Siegmund traf am 11. Oktober 1333 in Basel ein.

[60] *Conc. cath.* III, prooem., besonders § 268-286, S. 313-322.

[61] Namentlich genannt wird Marsilius (nicht der «Defensor pacis»!) nur an drei Stellen, am deutlichsten in *Conc. cath.* II.34 § 256 (S. 297), wo es distanzierend heisst: «Sufficit nobis, licet quidam Marsilius de Padua, quem post omnem collectionem istius voluminis [d.h. nach dem Abschluss der Urfassung der *Conc. cath.*] vidi, quodam loco secundae partis dicere videatur per canonem Bibliae non posse probari Petrum episcopum Romanum immo aut Romae fuisse, quod hoc ex ipsa epistula Petri prefata secundum expositionem doctorum falsum est ...». Später, noch im selben Kapitel des II. Teils wird Marsilius noch zweimal namentlich (abwehrend) zitiert: § 265, 7 und 15 (S. 306). Im III. Teil sind die Zitate aus Marsilius allesamt stillschweigend, wenngleich er durch die Abfolge der zitierten Autoritäten und durch die Begrifflichkeit als Quelle evident erweislich bleibt: Nikolaus benutzt auch etwa die typisch marsilianischen Begriffe der *pars valencior* und der *potestas coactiva.* Zum Verhältnis des Cusanus zu Marsilius zuletzt eingehend G. PIAIA, *Marsilius von Padua († ca. 1342) und Nikolaus Cusanus (†1464): eine zweideutige Beziehung?*, in «Mitteilungen und Forschungsbeiträge der Cusanus-Gesellschaft», 24, 1998, S. 171-193; (in italienischer Version) in G. PIAIA, *Marsilio da Padova e Dintorni. Contributi alla Storia delle Idee* (Miscellanea erudita, 61), Padova 1999, S. 202-220.

Der Cusanus tut dies durch strengen Analogienachweis. Der Kaiser hat, so sagt er, «ganz nach dem Beispiel» (*ad instar*) des Papstes die *plenitudo potestatis* in der katholischen Kirche inne: Wie der Papst in allen geistlichen Belangen, so ist der Kaiser in allen weltlichen, und also, wie es heißt, in der *corporalis hierarchia* der Kirche der von Gott gesetzte *dominus mundi*[62]. Ohne auf die Übereinstimmungen und die Unterschiede beider Ordnungen näher eingehen zu wollen, hält der Cusaner die genaue Analogie der weltlichen Hierarchiereihe von kaiserlicher Majestät bzw. römischem König und europäischen Königen – Herzögen – Grafen – und weiteren Amtsträgern zu der geistlichen Hierarchie von Papst – Patriarchen und römischem Patriarch des Abendlandes – Erzbischöfen – Bischöfen – und anderen Klerikern ausdrücklich fest, die dann das methodische Vorgehen seiner Untersuchung bestimmen wird. Politische Organisation ist also von sich aus von geistlicher Beauftragung und Interferenz frei. Staatliche Herrschaft entsteht gleich ursprünglich und gleich unmittelbar aus göttlicher Ermächtigung und muss daher parallel bzw. in «Konkordanz» (d.h. analog) zu geistlicher Hierarchie als eine Hierarchie eigener Art wirken können. Mit der geistlichen soll sie zwar übereinstimmen (konkordieren), Selbständigkeit und eigenen Stand aber behalten[63].

Das wird im Folgenden entfaltet. Zuerst widerlegt der Text ausführlich die der kanonistischen Tradition liebgewordenen und weit verbreiteten Vorstellungen, welche den Papst als Oberherrn und Ursache weltlicher Macht belegen sollen. Zunächst nimmt der Cusanus die *Konstantinische Schenkung* aufs Korn, die er in einer peniblen Digression 15 Jahre vor Lorenzo Valla als Fälschung erweist[64]. Sodann wird die Vorstellung einer «Translation» des Kaisertums durch den Papst destruiert[65], die sich

[62] Vgl. oben Anm. 48.

[63] *Conc. cath.* III.1 §§ 292-293 (S. 327 f.).

[64] *Conc. cath.* III.2 §§ 294-312 (S. 328-337). Der Cusanus ist sich der Wichtigkeit seines Nachweises wohl bewusst, wenn er abschliessend protestierend anmerkt (§ 312): «Et si omnia illa, que prenarrata sunt ex acceptatione ecclesie firma censeri debent, placet et mihi, quia etiam illis omnibus scripturis e medio sublatis sanctam Romanam ecclesiam primam summe potestatis et excellentie inter cunctas sedes quisque catholicus fateretur».

[65] *Conc. cath.* III.3 §§ 315-321 (S. 339-344). Nikolaus stützt sich bei seinen Bemerkungen zur Geschichte Basels (§ 315, 4-8: «Sunt vere - fuit») auf Dietrich von Nieheim, *Viridarium imperatorum et regum Romanorum*, hrsg. von A. Lhotsky - K. Pivec (MGH, *Staatsschriften des späteren Mittelalters*, 5/1), Stuttgart 1956, S. 48, 13-29. Darauf hingewiesen hat H. Heimpel, *Die Vener von Gmünd und Straßburg 1162-1447. Studien und Texte zur Geschichte einer Familie sowie des gelehrten Beantentums in der Zeit der abendländischen Kirchenspaltung und der Konzilien von Pisa, Konstanz und Basel* (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Geschichte, 52/I-III), Göttingen 1982, Bd. 2, S. 875.

immerhin auf Innozenz' III. selbst berufen konnte[66]. Geduldig weist Nikolaus nach, dass die fränkischen und ottonischen Herrscher ihre Herrschaft keineswegs vom Papst abgeleitet haben[67]. Weiterhin sind die deutschen Kurfürsten entgegen der kurialen Kurfürstenfabel[68] nicht von Papst Gergor V. eingesetzt worden, wenngleich vielleicht dieser Papst damals sein Einverständnis gegeben haben mag[69]. Die freie Wahl eines *rex Romanorum* durch die Kurfürsten verkörpert vielmehr die ursprüngliche Legitimation jeglicher Herrschaft durch Konsens. Sie stellt damit die Kaiserkrönung nicht nur in den Schatten, sondern entkleidet dieses Ritual aller legitimatorischen Funktion. Die Kaiserkrönung durch den Papst bleibt bloße zeremonielle Darstellung des Herrschers. Bezeichnenderweise unterlässt es Nikolaus nicht, analog auf die juristische Nicht-Bedeutung der päpstlichen Krönung betont hinzuweisen[70]. Der Kaiser bedarf also

[66] Die ältere allgemeine Übersicht von W. GOEZ, *«Translatio imperii», Ein Beitrag zur Geschichte des Geschichtsdenkens und der politischen Theorien im Mittelalter und in der frühen Neuzeit*, Tübingen 1958, ist immer noch die beste Einführung in die Probleme. Zum 13. Jahrhundert vgl. auch P. VAN DEN BAAR, *Die kirchliche Lehre der «Translatio imperii Romani» bis zur Mitte des 13. Jahrhunderts* (Analecta Gregoriana, 78 = Series Facultatis Historiae Ecclesiasticae, Sectio B.12) Roma 1956. Vgl. auch unten Anm. 105.

[67] *Conc. cath.* III.3 §§ 319 sqq. (S. 341 ff.). Hier ist besonders bemerkenswert, dass der Cusanus hier die Bestellung Ottos I. zum *patricius* ausdrücklich durch Klerus und Volk, nicht durch den Papst erfolgen lässt und mit einer eindeutig ausgelegten *Lex Regia* dem *populus* die Kompetenz hierzu zuschreibt (§ 321): «Et nota quod illa constitutio synodica 63 di. *In synodo* fuit cleri et populi Romani, et populus Romanus numquam in imperatorem transtulit talem potestatem, quin sibi adhuc maioritatem reservaret, ut notat Cardinalis [d.i. Zabarella] in c. *Venerabilem* ex capitulo *De aere* ...». Der Kanonist Nikolaus wehrt sich also mit kanonistischen Argumenten gegen eine kurialistische Interpretation der Kaiserkrönung.

[68] Zur kurialen Kurfürstenfabel bereits V. LANGHANS, *Die Fabel von der Einsetzung des Kurfürstenkollegiums durch Gregor V. und Otto III.*, Berlin 1875; M. BUCHNER, *Die Entstehung der Kurfürstenfabel. Eine historiographische Studie*, in «Historisches Jahrbuch der Görres-Gesellschaft», 33, 1912, S. 54-100, S. 255-322. Vgl. dazu vor allem THOLOMEUS VON LUCCA, *Historia ecclesiastica nova*, nebst Fortsetzungen bis 1329, hrsg. von. O. CLAVUOT, nach Vorarbeiten von L. SCHMUGGE (MGH, *Scriptores*, 34), Hannover 2009, S. 406 f. – dort sind auch die Parallellen in Tolomeos anderen Schriften und die von Tolomeo benutzte Quelle (Martin von Troppau) nachgewiesen. Beide Dominikaner waren gute Kenner kanonistischer Literatur.

[69] *Conc. cath.* III.4 § 333 (S. 349): «Sed concurrebat ad hoc consensus ipsius Gregorii V. ... qui iuxta gradum suum in consentiendo communem imperatorem interesse habet, recte sicut in conciliis universalibus concurrit in primo gradu auctoritas ipsius per consensum cum aliis omnibus ipsum concilium celebrantibus».

[70] Unzweideutig und entschieden: *Conc. cath.* III.4 § 336 (S. 351): «Ex quibus patet unctionem et diadema nihil praestare imperialis potestatis ...».

keinerlei «Konfirmation» durch den Papst (wiederum gegen *Venerabilem*). Er erhält seine Regierungsgewalt durch die Wahl der Kurfürsten, die in diesem Fall als Repräsentanten des römischen *populus* fungieren. Der Papst kann also entgegen der kanonistischen Translationsvorstellung ihnen ihre Wählerfunktion auch nicht wieder nehmen. Vielmehr haben allein das römische Volk «nach 'den Erfordernissen' der Zeit» das Recht zu solchem Verfassungswandel[71]. Ebensowenig kann der Papst auch den König absetzen, weil es dessen höchstes Privileg ist, (gemäß Röm.13, 3-4) Gottes Diener zu sein und als «vicarius Iesu Christi in terris»[72] zu wirken[73]. Diese allgemeine Würde jedes Königs freilich wird auf Erden graduell verschieden realisiert: Es gibt eine Stufung vom niedersten *rex Tartarorum* über die muslimischen Herrscher bis zu den christlichen Königen an der Spitze. Auch für den Kaiser als dem obersten König gilt jedoch eine territoriale Beschränkung, wie Nikolaus am Beispiel des außerhalb seiner Reichweite liegenden indischen Subkontinents und weiter Gebiete der großen Erde verdeutlicht, die nach seiner Kenntnis bis zu 50% des Erdkreises ausmachen könnten[74].

Nach diesen eher allgemeinen Feststellungen kehrt Nikolaus zu seinen konziliaren Absichten zurück. Er will ausführlich und mit ausgedehnten

[71] *Conc. cath.* III.4 §339 (S. 352 f.): «... Sic legimus populum Romanum longo tempore a regibus rectum superbiam regum non ferrentem annua imperia binosque consules fecisse [!], sic et dictatores et cetera, quae suo regimini secundum tempora videbantur convenire».

[72] Dieser explizite Rückgriff auf die ältere Nomenklatur, die den «Vicarius-Christi»-Titel wiederum dem König zudenkt, ist für das 15. Jahrhundert bemerkenswert, da schon seit der Wende zum 13. Jahrhundert der Papst diesen Titel für sich exklusiv beansprucht hatte, dazu zusammenfassend etwa J. MIETHKE, *Historischer Prozeß und zeitgenössisches Bewußtsein. Die Theorie des monarchischen Papats im hohen und späteren Mittelalter*, in «Historische Zeitschrift», 226, 1978, S. 564-599, hier S. 587.

[73] *Conc. cath.* III.5 §§341-342 (S. 354): nach einem Zitat aus einem Brief des Papstes Anastasius II. an Kaiser Anastasius von Byzanz, in Ps.-ISIDOR, ed. P. HINSCHIUS, *Decretales Pseudo-Isidorianae et Capitula Angilramni*, ad fidem librorum manuscriptorum recensuit P. HINSCHIUS, Leipzig 1863, ND Aalen 1963, S. 654 = ed. K.-G. SCHON, *Pseudoisidorprojekt der MGH* (im Internet: http://www.pseudoisidor.mgh.de/html/ teil_iii.html, bei Varianten 193-201) heisst es beim Cusanus lapidar: «... sicut Christus est rex regum, ita omnes reges in potestate regnantis dominii quid divini habent». Vgl. zur Abschattierung dieser Würde (nach der der «rex Tartarorum ... minimus dicitur, rex sectae Mahometanae maior ..., rex Christianorum maximus ...»), *Conc. cath.* III.7 § 348 (S. 359 f.).

[74] *Conc. cath.* III.6 § 344 (S. 357): «Quae quidem regiones ut mihi ex Cosmographia Ptolemaei Claudii constat non parvam mundi partem, immo paene medietatem terrae habitabilis occupant». Vgl. auch III.6 § 347 (S. 359): «... oportet intelligere imperatorem dominum illius mundi cui imperat esse».

Belegen aus der konziliaren Überlieferung die Rolle erläutern, die Laien – und damit die Fürsten, Könige und der Kaiser – auf den Konzilien des Klerus seit der Alten Kirche gespielt haben und spielen können. Danach aber, und hier wird es für seine Wahrnehmung der Reichsverfassung interessant, will er prüfen, was das weltliche «kaiserliche Konzil aller seiner Untertanen» für die kaiserliche Regierung bedeute. Schließlich will er auch zur Aufgabe der Reform «einige Gedanken» («aliqua cogitata») vortragen[75]. Mit diesem Programm wird die gesamte Theorie des Konzils, wie sie in den ersten beiden Teilen der *Concordantia catholica* entwickelt vorlag, zunächst analog auf die weltliche Verfassung des Reichs übertragbar. Statt lang und breit über das *imperiale concilium* handeln zu müssen, kann sich Nikolaus «leicht seiner Aufgabe entledigen», indem er für alle Einzelheiten recht pauschal auf seine vorherigen Darlegungen zum Kirchenkonzil verweist[76]. Mit Hilfe der Nomenklatur des römischen Rechts, der «praesides provinciarum», der «illustres», «spectabiles» und «clarissimi», die Nikolaus mithilfe des ps.-dionysischen Hierarchienschemas als «primi – medii – infimi» in der weltlichen Hierarchie einstuft[77], kann er die hierarchische Struktur der weltlichen Ordnung im einzelnen abschreiten und die Beteiligung aller an der allgemeinen Gesetzgebung verlangen[78]. Was Nikolaus kaiserliche «concilia» nennt, findet er in der politischen Wirklichkeit in den «conventus» der Bauern und Städte wieder, in den Reichsversammlungen und Königstagen, wie sie etwa in der sonst eigens zitierten *Goldenen Bulle*[79] für einen Termin vier Wochen nach Ostern «anbefohlen wurden»[80], die aber, was der Cusanus verschweigt, seither im Reich keineswegs praktiziert worden waren.

[75] Programmatisch so *Conc. cath.* III.8 § 357, 6 (S. 364).

[76] *Conc. cath.* III.25 § 469 (S. 420).

[77] *Conc. cath.* III.25 § 470 (S. 421) – der Bezug auf Ps.Dionysius ist bei Kallen nicht nachgewiesen.

[78] *Conc. cath.* III.25 § 471 sqq. (S. 421 ff.), vgl. programmatisch § 471: «Et dum simul conveniunt in uno compendio repraesentativo totum imperium collectum est, ut hoc probat Lex Iulia § Si quis cum militibus (6 q.1 canonizata) ...».

[79] *Conc. cath.* III.25 § 481 (S. 425), eigens nach dem Metzer Gesetz: «... est enim quoad ordinem sedium electorum per piissimae memoriae Carolum quartum ac eius Auream Bullam provisum in Metensi conventu». Die *Goldene Bulle* wird hier allerdings lediglich zum Beleg der Sitzordnung der Kurfürsten angeführt, um (nach III.17 § 412, S. 393 f.) eine «turbatio[ne], quae ex ambitiosis honoribus praetextu defensionis dignitatis exoriri solent» zu vermeiden; vgl. *Goldene Bulle*, Art. 27-29, S. 622-628.

[80] Solche Zusammenkünfte (*congregationes*) sind im Nürnberger Gesetz (*Goldene Bulle*, Art. 12, S. 596) in jährlicher Frequenz vorgesehen: «... duximus ordinandum quod

Er fordert nun in einem ungefähren Anschluss an die dortigen Bestimmungen eine jährliche Versammlung aller Kurfürsten und anderer wichtiger Fürsten, am besten freilich jetzt in Frankfurt und entweder zu Ostern oder im Herbst. Damit knüpft er stillschweigend (mit einigen Variationen) an auch an die Periodisierung des Konzils durch das Konstanzer Dekret *Frequens*[81], die dort allerdings relativ realistisch einen schließlichen Zehnjahresrhythmus ins Auge gefasst hatte, während der Cusanus die Verwirklichung des weltlichen Konsenses den bisherigen negativen Erfahrungen zum Trotz als jährliches Treffen vorsieht.

Es ist deutlich, wie bestehende Normen in Verbindung mit zeitgemäßen Hoffnungen seine Formulierungen bestimmt haben. Wir können nicht die einzelnen Vorstellungen und Gedanken des Kusaners zur Reform der Reichsregierung im neugewonnenen oder neu zu gewinnenden Konsens verfolgen – deutlich wird immer wieder, dass es ihm vor allem um Justiz, Jurisdiktion und Friedenswahrung geht. Ein Stehendes Heer soll die Fehden im Reich beenden und Sicherheit nach innen und außen gewähren. Eine Einteilung in Reichskreise mit je eigenem ständisch gestuftem, aber gemeinsam mehrheitlich entscheidendem Zentralgericht aus je drei Oberrichtern soll für die Rechtswahrung sorgen. Alle auftretenden Probleme sollen auf den Jahresversammlungen besprochen und geklärt werden. Eine Verschriftlichung allen Rechts, die jeweils an den Archiven in den Reichskreisen ihre Verankerung findet, soll reformierend für Gerechtigkeit sorgen. Überhaupt ist richterliche Rechtsprechung immer wieder zentral für die Regierungstätigkeit. Gerechtigkeit und Landfrieden, Fehdeverbot und Sicherung des einzelnen. Der Cusanus möchte Vorschriften für eine angemessene Königswahl durch die Kurfürsten festlegen durch eine *strictissima forma*, die auf einem Reichstag beschlossen werden soll, der parallel zum Basler Konzil einzuberufen ist. Damit sollte diese neue Regelung rechtlich offenbar unwandelbar ge-

iidem principes electores de cetero per singulos annos semel, transactis a festo pasche resurrectionis dominice quatuor septimanis continue numerandis in aliqua civitatum sacri imperii personaliter congregentur ...»; dazu vgl. *Conc. cath.* III.25 § 475 (S. 424). Zur Seltenheit der Treffen in der Verfassungswirklichkeit etwa T.M. MARTIN, *Auf dem Wege zum Reichstag. Studien zum Wandel der deutchen Zentralgewalt 1314-1410* (Schriftenreihe der Historischen Kommission bei der Bayer. Akad. d. Wiss., 44), Göttingen 1993, S. 354 (Nr. 31), S. 355 (Nr. 32); G. ANNAS, *Hoftag – Gemeiner Tag – Reichstag, Studien zur strukturellen Entwicklung deutscher Reichsversammlungen des späten Mittelalters 1349-1471* (Schriftenreihe der Historsichen Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, 68), Göttingen 2004, S. 97, 101, 111.

[81] *Conciliorum oecumenicorum decreta*, ed. Istituto per le scienze religiose Bologna, curantibus J. ALBERIGO u.a., Bologna 1973[3], S. 438 f. (Sessio XXXIX).

sichert werden[82]. Das Programm der cusanischen Reichsreform geht aber keineswegs in dem mathematisch ausgeklügelten Verfahren auf, das, gewissermaßen beiseite gesprochen, «nach langer reiflicher Überlegung» für die Kurfürstenwahl von ihm technisch vorgeschlagen wird[83] und das auch bei Abstimmungen auf den Reichstagen für eine quantitativ messbare Mehrheit in qualitativen Entscheidungsfragen sorgen soll[84]. All das kann hier aber auf sich beruhen ebenso wie auch die späteren wesentlich stärker die Vorrechte des Papstes betonenden Positionen des Cusaners, der sich etwa 1442 explizit wieder den papalistischen Vorstellungen der traditionellen Dekretalistik zuwandte in einem Brieftraktat, den er an Rodrigo Sanches de Arevalo gerichtet hat[85].

### 6. *Eine elegante Kompilation kanonistischer Traditionen*: *Peter von Andlau*

Der aus dem Elsass stammende Kanonist Peter von Andlau, der weithin bei den Juristen, (obgleich wohl mit zweifelhaftem Recht) als «Verfasser

[82] *Conc. cath.* III.36 § 532 (S. 447): «Est denique maxima diligentia facienda in isto sacro Basiliensi concilio imperiali, ut electoribus sacri imperii detur strictissima forma, quam transgredi nullo modo liceat ...».

[83] *Conc. cath.* III.37 §§ 535-541 [S. 448-450]; der Cusanus bezieht diesen Vorschlag von Ramon Llull, vgl. dazu die Anmerkungen des Herausgebers G. KALLEN z.St. S. 448. Im Einzelnen vgl. vor allem E. MEUTHEN, *Modi electionis, Entwürfe des Cusanus zu Wahlverfahren*, in K.D. BRACHER (Hrsg.), *Staat und Parteien. Festschrift für Rudolf Morsey*, Berlin 1992, S. 3-11; auch A. MORITZ, *Politik als künstliche Vollendung der menschlichen Natur, Aristoteles, Marsilius von Padua und Nikolaus von Kues über die artifizielle Kompensation der Defizite in der Naturausstattung des Menschen*, in A. MORITZ, *«Ars imitatur naturam». Transformationen eines Paradigmas menschlicher Kreativität im Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit*, Münster i.W. 2010, S. 229-249, hier S. 245 f. G. HÄGELE - F. PUKELSHEIM, *The Electoral System of Nicholas of Cusa in the Catholic Concordance and Beyond*, in G. CHRISTIANSON - Th.M. IZBICKI - Ch. BELLITTO (Hrsg.), *The Church, the Councils and Reform. The Legacy of the Fifteenth Century*, Washington D.C. 2008, S. 229-249; DIES., *Die Wahlsysteme des Nikolaus von Kues* (Sitzungsberichte der Bayer. Akad. der Wissenschaften, Math.-Naturwiss. Klasse, 2001-2003), München 2004, S. 1-47; sowie DIES., *Das Königswahlsystem der «Concordantia Catholica»*, in «Mitteilungen und Forschungsbeiträge der Cusanus-Gesellschaft», 29, 2005, S. 81-94.

[84] *Conc. cath.* III.38 § 542 (S. 450 f.).

[85] Nicolai DE CUSA *Epistula ad Rodericum Sancium* (et *Reformatio generalis*), ed. J.G. SENGER (Nicolai DE CUSA *Opera omnia iussu et auctoritate Academiae litterarum Heidelbergensis edita*, 15/2: Opucsula 3, fasc. 2), Hamburg 2007, S. 3-16; dazu die Rezension durch J. MIETHKE in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte/Kanonistische Abteilung», 95, 2009, S. 659-661.

des ersten Deutschen Reichsstaatsrechts» gilt[86], hat um 1460 einen *Libellus de Cesarea monarchia* verfasst. Peter stand in einer völlig anderen Situation als Lupold und der Cusanus. Um 1420 als illegitimer Sohn einer Ritterfamilie geboren[87], hatte er seine Karriere früh als Klerikerjurist gesucht[88]. Als (um 1460) in Basel die Gründung einer eigenen Universität auf den Weg gebracht wurde[89], erkannte der kurz zuvor wohl in Pavia zum *doctor decretorum* promovierte Pfründner am Basler Dom die unerwartete Chance, sich als italienerfahrener Jurist für eine Lektur an der geplanten Hohen Schule in Erinnerung zu bringen. 1460 hatte er keinen konkreten Streit zwischen Kaiser und Papst zu behandeln. Peter wollte offenbar in seiner akademischen Zweckschrift auch keine überraschenden oder provozierenden Thesen vertreten. Es kam ihm darauf an, seine eigene Fähigkeit unter Beweis zu stellen, die schwer zu handhabenden Massen kanonistischer Gelehrsamkeit angemessen zur Darstellung zu bringen.

Dieses Ziel hat er erreicht: die ersehnte Lektur in Basel erhielt er wirklich und wirkte dort bis zu seinem Tod (1480). Er zählt zu den wichtigen

[86] Vgl. P. LABAND, *Die Bedeutung der Rezeption des Römischen Rechts für das deutsche Staatsrecht*, Rektoratsrede Strassburg 1880, sowie die (in der folgenden Anm. zu nennende) Studie Hürbins.

[87] Neben dem knappen Nachwort des Hrsg. in *Peter von Andlau: Kaiser und Reich. Libellus de Cesarea Monarchia*, lateinisch u. deutsch, hrsg. von R.A. MÜLLER (Bibliotek des deutschen Staatsdenkens, 8), München 1998, S. 315-333; vgl. insbesondere J. HÜRBIN, *Peter von Andlau, der Verfasser des ersten Deutschen Reichsstaatsrechts. Ein Beitrag zur Geschichte des Humanismus am Oberrhein im XV. Jahrhundert*, Straßburg 1897; G. SCHEFFELS, *Peter von Andlau, Studien zur Reichs- und Kirchenreform im Spätmittelalter*, phil. Disseration Berlin, 1955; G. KISCH, *Die Anfänge der Juristischen Fakultät der Universität Basel 1459-1529* (Studien zur Geschichte der Wissenschaften in Basel, 15), Basel 1962, *ad indicem*; H.G. WALTHER, *Gelehrtes Recht, Stadt und Reich in der politischen Theorie des Basler Kanonisten Peter von Andlau*, in H. BOOCKMANN - B. MOELLER - K. STACKMANN (Hrsg.), *Lebenslehren und Weltentwürfe im Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit. Politik – Bildung – Naturkunde – Theologie* (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen. Phil.-hist. Kl., III 179), Göttingen 1989, S. 77-111; knapp zusammenfassend M. STOLLEIS, *Lexikon des Mittelalters*, Bd. 1, 1980, Sp. 597 f. (die Erstellung einer modernen kritischen Edition des Textes, die insbesondere den Kontext des Traktats, seine Vorlagen und Vorgänger nachweist, könnte sich lohnen!); J. MIETHKE, *Kanonistik und Prolegomena zu einem deutschen Staatsrecht*, S. 125-141.

[88] Exemplarisch J. VERGER, *Les gens de savoir dans l'Europe de la fin du Moyen Age*, Paris 1998[2].

[89] E. BONJOUR, *Die Universität Basel von den Anfängen bis zur Gegenwart, 1460-1960*, Basel 1971[2], vor allem S. 21-48; dazu auch DERS., *Die Gründung der Universität Basel* (1955), jetzt in DERS., *Die Schweiz und Europa*, Bd. 1, Basel 1958, S. 397-417; DERS., *Zur Gründungsgeschichte der Universität Basel*, in «Schweizer Zeitschrift für Geschichte», 10, 1960, S. 59-80; vgl. dazu besonders H.G. WALTHER, *Gelehrtes Recht*, S. 85-94.

deutschen Juristen seiner Zeit[90]. Seine Basler «Bewerbungsschrift» ist betitelt *(Libellus) De Cesarea monarchia* («Die monarchische Herrschaft des Kaisers»). Hier wird die kanonistische Durchschnitts-Lehrmeinung auf der Basis der inzwischen traditionellen Belegstellen aus dem Kirchenrecht zusammengefasst. Darum klingt der Text auch durchwegs «papalistisch», wenngleich Peter vorsichtig allzu extreme Positionen meidet. Dass die *Konstantinische Schenkung* seit dem Basler Konzil durch Nikolaus von Kues[91] als Fälschung erkannt war und erst recht dass Lorenzo Valla[92] den Text definitiv als Fälschung entlarvt hatte, hat Peter von Andlau nicht daran gehindert, sie in der Tradition der älteren Kanonistik wörtlich zu paraphrasieren, um die päpstliche Würde herauszustreichen, ohne sich freilich damit auf kurialistische Weltherrschaftsansprüche für den Papst einzulassen[93].

Emphatisch spricht Andlaus Text vom Papst als dem *vicarius Christi*[94] und handelt völlig ungeschützt von der päpstlichen *translatio imperii*[95]. Auch liturgische Quellen, wie das in dem zu seiner Zeit am weitesten verbreiteten Zeremonienbuch des Guillelmus Duranti ausführlich aufge-

[90] Freilich ist er – im Gegensatz zu Lupold von Bebenburg – nicht aufgenommen in *Juristen. Ein biographisches Lexikon, von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, hrsg. von M. STOLLEIS (Becksche Reihe, 1417), München 2001.

[91] Vgl. oben Anm. 53.

[92] Knapp dazu die Übersicht von W. SETZ, *Lorenzo Vallas Schrift gegen die Konstantinische Schenkung* (Bibliothek des Deutschen Historischen Instituts in Rom, 44), Tübingen 1975; G. ANTONAZZI, *Lorenzo Valla e la polemica sulla Donazione di Costantino, con testi inediti dei secoli XV-XVII* (Uomini e dottrine, 28), Roma 1985; vgl. auch die zeitgenössische Situation an der Römischen Kurie, beschrieben von D. HENDERSON, *Si non est vera donatio ... – Die Konstantinische Schenkung im ekklesiologischen Diskurs nach dem Fälschungsnachweis*, in J. DENDORFER - C. MÄRTL (Hrsg.), *Nach dem Basler Konzil. Die Neuordnung der Kirche zwischen Konziliarismus und monarchischem Papat (ca. 1450-1475)*, (Pluralisierung und Autorität, 13) Münster 2008, S. 283-305.

[93] *De Cesarea monarchia*, I, tit. 11 (S. 104-116) mit ausdrücklichem und ausführlichem wörtlichen Zitat aus Di. 96 c.13-14, ohne darauf hinzuweisen, daß das *paleae* sind, was bei Lupold zuvor zur Andeutung eines Fälschungsverdachts geführt hatte, dazu etwa J. MIETHKE, *Um debate alemão a respeito do* Constitutum Constantini *no século XIV: Lupold de Bebenburg e a pretensão papal ao domínio universal*, in *Idade Média: tempo do mundo, tempo dos homens, tempo de Deus, ed. José Antonio de Camargo Rodrigues de Souza*, Porto Alegre 2006, S. 498-506. Ganz kurz führt Peter von Andlau dann noch einmal die Schenkung argumentativ an in II, tit. 9 (S. 234).

[94] *De Cesarea monarchia*, I, tit. 16 (S. 168).

[95] Ausführlich vorgestellt in *De Cesarea monarchia*, I, tit. 13 (S. 132-146).

schriebene Kaiserkrönungszeremoniell benutzt er bei der Bewertung der kaiserlichen hier evident kirchlich vermittelten Stellung[96]. Die päpstliche Rolle bei der Wahl eines Römischen Königs sowie bei dessen immer noch für nötig gehaltenen «Approbation» durch die Päpste bleibt – ganz anders als bei dem Bebenburger und Kusaner – unbezweifelt[97]. Doch weil sich auch Peter von Andlau von der *Goldenen Bulle*[98] seine Auffassungen bestätigen lässt, können diese auch nicht extrem kurialistisch ausfallen[99]. Zudem werden neben den kaiserlichen Prärogativen auch die Vorrechte der Kurfürsten nach der *Goldenen Bulle* geschildert[100]. Zusätzlich gibt Peter in seiner Schrift einen weit ausholenden Exkurs zur Entstehung des

[96] R. ELZE (Hrsg.) *Die Ordines für die Weihe und Krönung des Kaisers und der Kaiserin* (MGH, *Fontes iuris germanici antiqui in usum scholarum*, 9), Hannover 1960, ND 1995, S. 102-124 (Nrn. XX und XX^A). Dazu vor allem *De Cesarea monarchia* II, tit. 6 (S. 196-212). Der Druck macht das nicht deutlich, doch vgl. H.G. WALTHER, *Gelehrtes Recht*, S. 106. Zur mehrfach von Peter von Andlau zitierten *triplex corona* des Römischen Kaisers vgl. die sorgfältigen Aufstellungen von M. CAVINA, *Imperator Romanorm triplici corona coronatur. Studi sull'incoronazione imperiale nella scienza giuridica italiana fra tre e cinquecento* (Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza. Dipartimento di scienze giuridiche – Università di Modena, 17), Milano 1991 (zu Peter von Andlau S. 142 f.). Ganz «kanonistisch» ist seine Darstellung der Rolle des Papstes bei Königswahl, Approbation, Aachener Krönung und Kaiserkrönung (im angeblichem Anschluß an die Kaiserkrönung Friedrichs III. in Rom 1459, in Wahrheit im Anschluß an den Ordo des Duranti !) in *De Cesarea monarchia*, II, tit. 6 (S. 194-212).

[97] *De Cesarea monarchia* II, tit. 5 (S. 190-194) – dem Kaiser wird (im Anschluss offenbar an die *Goldene Bulle*) gleichwohl ein Recht zur Regierungstätigkeit (im Erteilen von Privilegien) unmittelbar nach seiner Wahl zugestanden, ebenda (S. 195). Peter sucht also auch hier eine vermittelnde Lösung, die durchaus mit dem faktisch ritualisierten Gebrauch des Approbationszeremoniells zu seiner Zeit zusammenstimmt, dazu bereits H.-E. FEINE, *Die Approbation der luxemburgischen Kaiser in ihren Rechtsformen an der Kurie* (1938), jetzt in DERS., *Reich und Kirche. Ausgewählte Abhandlungen zur deutschen und kirchlichen Rechtsgeschichte*, eingel. und hrsg. von F. MERZBACHER, Aalen 1966, S. 77-99.

[98] Die *Goldene Bulle* wird mehrfach zitiert, in *De Cesarea monarchia*, I, tit. 16 (S. 168: *Karoli quarti imperatoris statuta per auream edita bullam*); II, tit. 2 (S. 178: *in Karoli quarti constitutionibus per auream bullam declaratis*) und II, tit. 3 (S. 186: *constitutio Carolina*); in II, tit. 2 (178-180) schildert Peter die deutsche Königswahl in Frankfurt am Main in (großenteils wörtlichem) Anschluß an die Vorschriften der *Goldenen Bulle*.

[99] A. BUSCHMANN, *Die Rezeption der Goldenen Bulle in der Reichspublizistik des Alten Reiches*, in *Die Goldene Bulle*, S. 1071-1119, besonders S. 1074-1080.

[100] *De Cesarea monarchia* II, tit. 1 (S. 174) werden die sieben deutschen Kurfürsten in einem stillen Zitat aus dem Prooemium der *Goldenen Bulle* (vgl. die letzte Edition durch W.D. FRITZ, S. 562, 25-26) «velut septem candelabra lucencia in unitate septiformis spiritus» gepriesen; Peter benutzt sodann ohne Einschränkung die kuriale «Kurfürstenfabel» (zu ihr oben Anm. 68).

Adels als politisch wichtigen Stand in Deutschland[101] und spricht über Kriegswesen und Verwaltung[102]. Für seine Ausflüge in die «deutsche» (d.h. besonders in die fränkische und vorfränkische) Geschichte dient ihm vor allem Alexander von Roes als (nicht namentlich genannte) Fundgrube[103], daneben hält er sich an den «klerikalen» Traktat des Landulf Colonna[104] über die «translatio imperii»[105] oder an die *Historia ecclesiastica nova* des Dominikaners Tolomeo von Lucca[106]. Er benutzt auch dessen Fortsetzung von Thomas von Aquins *Fürstenspiegel*[107]. Diese Quellen seiner

[101] In einem förmlichen Exkurs verbreitet sich *De Cesarea monarchia*, II, tit. 15 (S. 150-164) zu Herkunft und Würde des (deutschen) Adels.

[102] Das Kriegswesen wird behandelt in *De Cesarea monarchia*, I, tit. 8 (S. 78).

[103] Die Benutzung ALEXANDERS VON ROES (irrtümlich identifiziert mit JORDANUS VON OSNABRÜCK [† nach 1283], *Tractatus super Romano imperio*) in *De Cesarea monarchia* I tit. 15; II, tit. 16 und 20, hat im Einzelnen schon nachgewiesen J. HÜRBIN, *Peter von Andlau*, S. 142 f., 174-176. Der Traktat des Jordanus wurde von ALEXANDER VON ROES († vor 1300) in sein weitverbreitetes *Memoriale de praerogativa imperii Romani* aufgenommen und ist heute (und wohl auch im 14. Jahrhundert) ausschließlich innerhalb von dessen Text benutzbar gewesen, der unter dem Autornamen JORDANUS VON OSNABRÜCK später mehrfach (Rom 1470, Basel 1559 usw.) auch gedruckt worden ist: vgl. ALEXANDER VON ROES, *Schriften*, hrsg. von H. GRUNDMANN - H. HEIMPEL (MGH, *Staatschriften*, I/1), Stuttgart 1958, hier die Einleitung, S. 1 bzw. S. 16-19. Zur Wirkung Alexanders im 15. Jahrhundert, vor allem auf dem Basler Konzil B. STUDT, *Vom universalen Modell zum politischen Argument. Die Aktualisierung des «Memoriale» Alexanders von Roes im 15. Jahrhundert*, in «Das Mittelalter. Perspektiven mediävistischer Forschung», 5, 2000, 2, S. 31-48.

[104] LANDOLFO COLONNA: *Tractatus de translatione imperii a Graecis ad Latinos sive De statu et mutatione imperii Romani*, gedruckt u.a. in MELCHIOR GOLDAST, *Monarchia S. Romani imperii*, Tomus 2, Frankfurt am Main 1614, ND Graz 1960, S. 88-95. Dieser Text ist bekanntlich (fast) wortwörtlich (mit einer in der Kürze und Prägnanz seiner «toilette verbale» atemberaubenden antikurialistischen Umkehrung der ursprünglich papalistischen Tendenzen) aufgenommen bei MARSILIUS VON PADUA, *De translatione imperii*, zusammen mit einer seitenparallelen Übersetzung ins Französische, gedruckt in MARSILE DE PADOUE, *Oeuvres mineures*, hrsg. von C. JEUDY - J. QUILLET (Sources d'Histoire médiévale), Paris 1979, S. 369-433. PETER VON ANDLAU stützt sich ausdrücklich auf Landolfos Text etwa in *De Cesarea monarchia*, I, tit. 13 und II, tit. 1 (S. 130-132), daneben (wie schon J. HÜRBIN, *Peter von Andlau*, S. 170 bemerkt), auch in *De Cesarea monarchia*, II, tit. 1 (S. 174).

[105] W. GOEZ, *Translatio imperii*, S. 225 ff. macht zu Landulf (und Marsilius) nur knappe Bemerkungen; neuerlich G. CASINI, La *Translatio imperii: Landolfo Colonna e Marsilio da Padova*, Vorwort von P. BELLINI, Roma 2005 (nicht besonders analytisch).

[106] THOLOMEUS VON LUCCA, *Historia ecclesiastica nova*; das ist in *De Cesarea monarchia* von I, tit. 11 (102) benutzt; darauf aufmerksam gemacht hat H.G. WALTHER, *Gelehrtes Recht*, S. 99 Anm. 87.

[107] Immer noch nicht kritisch ediert, benutzbar etwa in den Vulgatdrucken von THOMAS DE AQUINO, *De regimine principum*, z.B. hrsg. von J. MATHIS, Turin 1948 (u.ö.), S. 23[b]

Anschauungen stehen in einer Reihe mit den Autoren der kanonistischen Schultradition wie etwa dem «Rabi[!] iuristarum Joannes Andreae»[108] oder dem «Abbas Siculus» bzw. «Panormitanus» Nikolaus de Tudeschis, den er mehrfach als Autorität heranzieht[109].

Seine Absicht war es anscheinend nicht, eine Basis zu einer erhofften Reichsreform zu präsentieren, eine neue Theorie des Römischen Kaiserreichs oder gar ein deutsches Staatsrecht zu entwickeln. Eher schon scheint er von der Idee geleitet, aus sperrigen traditionellen Vorstellungen eine glatte Kompilation herzustellen. Deshalb finden wir bei ihm nicht allein die «klassischen» Vorstellungen der auf den Papst und seine Rolle konzentrierten Kanonisten. Daneben wird auch eine volkstümlich symbolische Verdichtung der Reichsverfassung bei ihm breit aufgenommen, die sogenannten «Quaternionen», die die gesellschaftliche Schichtung des deutschen Reichs nach dem Kaiser an der Spitze in symbolischen Vierergruppen aus je sieben adligen Ständen, dargestellt in je vier Herzögen, Markgrafen, Landgrafen, Burg- und Pfalzgrafen, Reichsgrafen, Baronen, Rittern, und drei nichtadligen Ständen, dargestellt in je vier Bauern, Städten (*civitates*) und Dörfern (*ville*), die allesamt zusammen das Reich

[mitten in II.4] 101. Die von Hürbin nachgewiesenen Anleihen bei «Thomas von Aquin» weisen vor allem auf Tolomeos «Fortsetzung».

[108] So etwa ausdrücklich und ausführlich in *De Cesarea monarchia*, II tit. 3 (S. 182 oder S. 186).

[109] Nicolaus de Tudeschis, der sogenannte Abbas Siculus oder Panormitanus; auf ihn verweist Peter etwa besonders nachdrücklich in *De Cesarea monarchia*, II tit. 3 (S. 184): «Sed in contrariam sentenciam est vir excellentissime doctrine dominus Panormitanus qui dicit priorem opinionem confundi per textum preallegatum ...»; vgl. auch etwa II tit.1 (S. 174): «Sed hodie regna ex conswetudine deferuntur ex successione, ut legitur et notatur in c. Licet de vit. <De> [so ist wohl zu lesen!] foro competenti. Quid autem si desinat successio in domo regali, vide quod notat Panormitanus in c. Licet. De foro competenti». [Autor, Abschreiber und/oder Herausgeber haben sich hier bei der zitierten Dekretale geirrt: es handelt sich zweifellos nicht, wie angegeben, um die Dekretale X 2.2.10 (*Licet ex suscepto, De foro competenti*), vielmehr muß die Dekretale X 1.6.6 (*Licet de vitanda, De electione et electi potestate*) gemeint sein, d.h. der berühmte Canon <1> des III. Laterankonzils über die 2/3 Mehrheit der Kardinäle bei der Papstwahl. Das Zitat aus dem Panormitanus konnte ich nicht nachprüfen.] Zum damals seltenen Interesse des Nicolaus de Tudeschis am Kaiserrecht, besonders am in Roncaglia erlassenen Gesetz *Omnis iurisdictio* vgl. D. QUAGLIONI, Il diritto comune pubblico e le leggi di Roncaglia. Nuove testimonianze sulla l. «Omnis iurisdictio», in G. DILCHER - D. QUAGLIONI (Hrsg.), *Gli inizi del diritto pubblico. L'età di Federico Barbarossa: legislazione e scienza del diritto / Die Anfänge des öffentlichen Rechts. Gesetzgebung im Zeitalter Friedrich Barbarossas und das Gelehrte Recht* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Contributi/ Beiträge,19), Bologna - Berlin 2007, S. 47-63, insbesondere S. 61 f.

verkörperten[110]. Die herrscherlichen Kompetenzen des Kaisers formuliert Peters Text jedoch nicht allzu deutlich. Die weltherrscherliche Stellung des Papstes wird zwar theoretisch unbeirrt aufrechterhalten, aber nicht energisch eingefordert. Die 'anderen' Könige verweigern dem kaiserlichen Anspruch ihre Anerkennung auch nach des Andlauers Auffassung «eher *de facto* als *de iure*»[111]. Das ist aber – stärker als bei Lupold – nurmehr ein Rückzugsgefecht, nicht mehr ein Ausgleich von theoretischen Spannungen. Der Komparativ «eher» hält die Forderung wie bei Lupold nur noch theoretisch fest, sie hat sich noch weiter abgeschwächt.

Peter von Andlau will das geltende Recht darstellen und benutzt dazu unterschiedlichen Quellen. Das Ganze wird eingebettet in Darlegungen über Entstehung und Funktion von Obrigkeit überhaupt seit den antiken Reichen[112]. Zur Aufgabe einer Reichs- und auch einer Kirchenreform bleibt der Text in weiter Distanz. Nirgendwo entdeckt Peter von Andlau ernste Probleme im Verhältnis von staatlicher und kirchlicher Ordnung, Kaiser und Papst handeln bei ihm stets in voller Harmonie. So sehr auch der Kaiser dem ersten Anschein nach gewissermaßen als Untergebener des Papstes erscheint, wird er doch nicht zu einem bloßen Befehlsempfän-

[110] Ausführlich vorgestellt in *De Cesarea monarchia* I, tit. 16 (S. 164-168). Aus der reichen Literatur zu dieser (irrationalen und schwer verständlichen) Vorstellung, die wohl am ehesten als symbolische ständische Repräsentation des Reichsgedankens aus regionalem Interesse interpretiert werden muss, nenne ich hier nur E.E. STENGEL, *Die Quaternionen der deutschen Reichsverfassung, ihr Ursprung und ihre ursprüngliche Bedeutung*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, germ. Abt.», 74, 1957, S. 256-261; M. WEBER, *Zur Bedeutung der Quaternionen des Heiligen Römischen Reiches, Regionalstudie Schlesien*, in M. KINTZINGER - W. STÜRNER - J. ZAHLTEN (Hrsg.), *Das Andere wahrnehmen. Beiträge zur europäischen Geschichte. Festschrift August Nitschke*, Köln - Weimar - Wien 1991, S. 467-483; besonders E. SCHUBERT, *Die Quaternionen, Entstehung, Sinngehalt und Folgen einer spätmittelalterlichen Deutung der Reichsverfassung*, in «Zeitschrift für historische Forschung», 20, 1993, S. 1-63; auffällig ist, dass die Quaternionen häufig zusammen mit der *Goldenen Bulle* in Miszellanhass Platz gefunden haben: Nachweise bei M.-L. HECKMANN, *Zeitnahe Wahrnehmung und internationale Ausstrahlung, Die Goldene Bulle Karls IV. im ausgehenden Mittelalter mit einem Ausblick auf die frühe Neuzeit*, in *Die Goldene Bulle. Politik – Wahrnehmung – Rezeption* (wie Anm. 42), S. 933-1042, insbesondere S. 966 Anm. 156; sowie M.-L. HECKMANN, *Der deutsche Orden und die Goldene Bulle Kaiser Karls IV. Mit einer Vorbemerkung zur Herkunft der Quaternionen*, in «Jahrbücher für die Geschichte Mittel- und Ostdeutschlands», 52, 2006, S. 171-226, insbesondere S. 171-177.

[111] *De Cesarea monarchia* II, tit. 8 (222): «Ipse [d.i. der Kaiser] enim est princeps mundi et dominus ... Tum eciam omnes provincie sue maiestati de jure subduntur ... Hodie tamen plurimi [!] reges plus de facto quam de jure imperatorem in superiorem non recognoscunt, et suprema jura imperii, que sibi imperator in signum universalis dominii et potestatis reservavit, usurpant ...».

[112] Dem gilt fast das gesamte Buch I der *Cesarea monarchia*.

ger herabgewürdigt. Ein Konflikt beider Instanzen (der ja auch in der Praxis schon seit Jahrzehnten nicht mehr eklatant aufgetreten war) wird nirgendwo ins Auge gefasst.

### 7. *Schluss*

Versuchen wir ein kurzes Résumé: Wir haben bei unseren Exkursionen in kanonistische Gefilde nirgendwo das Kanonische Recht als vollgültigen Platzhalter des späteren Öffentlichen Rechts vorgefunden. In sämtlichen hier betrachteten Beispielen sind zwar Denkfiguren und Beziehungsaussagen der Kanonisten zur Konstruktion von juristischer Argumentation verwendet worden, doch immer mussten weitere Bausteine hinzugezogen werden. Lupold und der Cusanus haben historische Recherchen als normsetzend für ihre Gegenwart herangezogen, Nikolaus von Kues nutzte darüber hinaus die aristotelische Gesellschaftstheorie in der Version des Marsilius von Padua. Peter von Andlau hat eine ganze Sammlung von Ergänzungen in seine Darstellung einfließen lassen. Für alle drei Autoren hat die *Goldene Bulle* eine gewisse Rolle gespielt, Lupold war Vorbereiter und der Stichwortgeber ihrer Mehrheitswahlbestimmungen, Nikolaus und Peter nahmen sie als unbezweifelbare normative Basis, auf die man sich beziehen konnte, um das Bild zu schließen. Damit allein schon sind unsere Autoren Vorläufer der Reichspublizisten der Frühen Neuzeit, die in ähnlicher Weise verfuhren.

Von Lupolds kühnem Versuch, aus der Königsgleichheit des Kaisers in seinem Reich ein papstfreies und kirchenunabhängiges «völkerrechtliches» Staatsprinzip zu entwickeln, finden sich bei beiden späteren Autoren keine Spuren. Zwar hat der Cusanus wie Lupold (ohne ihn anscheinend zu kennen) die Kompetenz des Kaisers territorial begrenzt gesehen, doch ohne den kaiserlich-primatialen Weltanspruch wirklich einzuebnen, der vielmehr in der Konsensforderung an die anderen Könige für den *defensor fidei* in unklarer Weise aufrecht erhalten blieb. Nikolaus von Kues hat die Reichsverfassung eher philosophisch als juristisch im Sinne einer rückwärtsgewandten konsensualen Herrschaft sehen wollen, die durch rationalistische Reformen wieder auf einen guten Weg zu bringen sei. Es war anscheinend nicht die Absicht Peters von Andlau, eine neue Theorie des Römischen Kaiserreichs oder gar ein deutsches Staatsrecht zu entwickeln. In seinem Tracktat, der auf dem inzwischen seit dem 14. Jahrhundert noch länger und wohl auch steiniger gewordenen Weg zu einer Verstaatung des römisch-deutschen Reiches nur wenig Hilfestellung zu

geben vermochte, wurde das, was die Kanonisten allgemein über Kaiser und Reich zu sagen wussten, formal geschickt zusammengeführt, vermischt mit volkstümlichen und symbolischen Vorstellungen, die die schwer zu durchschauende Herrschaftsordnung des römisch-deutschen Reiches gewissermaßen erlebbar, wenn auch nicht einsichtig machten. Das minderte nicht die Brauchbarkeit des Textes im täglichen oder festtäglichen Nachschlagen, behinderte jedoch ihre juristische Klarheit.

Aufgabe bleibt auch künftig zu prüfen, welche Wirkungsmöglichkeiten den drei hier als Beispiel genommenen Autoren mit ihren Texten in ihrer eigenen Zeit und bei ihren Nachfolgern beschieden war. Die Diskussionen der Reichsverfassung bei anderen Kanonisten brauchen ebenfalls in dem hier aufgeblätterten Spannungsbogen nicht allesamt lozierbar zu sein, der damit keine abschließende Charakteristik darstellen kann. Wichtig scheint mir, dass die behandelten unterschiedlichen Entwürfe ohne Bezug auf praktische Probleme nicht zu verstehen waren. Die Aufgabe historischer Interpretation juristischer Phantasie bleibt also auch in Zukunft weiter bestehen und ist in jedem Einzelfall hermeneutisch einzulösen. Dieser Aufwand aber wird sich dann lohnen, wenn dadurch das Theoriebewusstsein der Zeitgenossen verständlicher wird. Auch die hier behandelten Autoren können zu solcher Rekonstruktion der theoretischen Innenansicht spätmittelalterlicher Welterfahrung beitragen.

*Résumé*

Il Sacro Romano Impero nella canonistica. Percezione della sua costituzione nel tardo medioevo

La competenza dei canonisti in questioni di teoria politica non rimase incontestata nel tardo medioevo. Teologi e maestri di arti liberali entrarono con loro in concorrenza, rimproverando ai giuristi una mentalità positivistica volta all'accumulo di dati, mentre essi s'impegnavano nel tentativo di costruire una vera e propria scienza politica, intesa come scienza pratica in senso aristotelico. A prescindere da questo il diritto canonico mantenne un ruolo importante e stabile nell'università e nella società. Soprattutto non vacillò la sua competenza in fatto di organizzazione giuridica della comunità religiosa e procedimento avanti a un tribunale ecclesiastico, in specie presso la Curia pontificia.

In questo contributo, dopo uno sguardo generale alla situazione della canonistica nelle università medievali, si tenta di chiarire il modo in cui fu percepita la costituzione del Sacro Romano Impero nella canonistica stessa alla luce di tre testi esemplari. In primo luogo si esamina un modello di diritto statale su base canonistica qual è quello che emerge dal *Tractatus de iuribus regni et imperii romanorum* scritto intorno al 1339 da Lupold von Bebenburg († 1363), dapprima funzionario del vescovo di Würzburg e in seguito vescovo di Bamberga. Per scrivere quest'opera Lupold si giovò di un'attenta lettura delle cronache universali accessibili a Würzburg, nell'intento di dimostrare che l'imperatore, non diversamente dai re dell'Europa occidentale, fin dai tempi di Carlo Magno e degli imperatori di età carolingia aveva governato in piena libertà il suo impero anche senza un'approvazione pontificia. Pertanto, nel corrente XIV secolo, in forza della sola elezione a maggioranza da parte dei principi tedeschi, l'imperatore era legittimato a esercitare il potere anche da solo, senza alcuna ingerenza del papa e della Chiesa. Per Lupold la *Dichiarazione di Rhens* (1338), che stabilì il procedimento di elezione dell'imperatore da parte dei principi elettori senza necessità d'incoronazione da parte del pontefice, è dunque un testo fondamentale, che pone le basi della successiva *Bolla d'oro* dell'imperatore Carlo IV (1356). Nella canonistica più recente il sovrano tedesco è presentato nel complesso come il re di Francia o quello d'Inghilterra. Il potere universale dell'imperatore quale *dominus mundi* non è formalmente smentito, anche se nella sua descrizione concreta appare notevolmente ridimensionato e in ogni caso geograficamente circoscritto a un certo ambito territoriale.

Una seconda proposta che si esamina qui fu elaborata da Nicola Cusano († 1464) quasi cento anni più tardi nell'opera *De concordantia catholica*, nata dalle discussioni in corso al concilio di Basilea intorno al 1431-1432. Dopo un'accurata disamina di passi dottrinali della tradizione canonistica, nel corso della quale espone anche la sua celebre scoperta che la Donazione di Costantino costituisce un falso, Cusano giunge tra l'altro alla conclusione che l'imperatore sia legittimato a governare come sovrano in terra in forza dell'ordinamento divino universale, indipendentemente da ogni cooperazione pontificia. La *Bolla d'oro* è la certificazione di questo diritto. Peraltro, anche Cusano circoscrive questa rivendicazione della sovranità imperiale, operando una distinzione fra territori soggetti al dominio dell'imperatore e contrade del mondo ancora inesplorate. Egli non affronta in realtà la questione del rapporto fra il sovrano tedesco e gli altri monarchi europei. Il sostegno imperiale all'idea conciliare della Chiesa universale latina consente a sua volta di trasferire sul Sacro Romano Impero il consenso conciliare e di realizzare così la proposta di riforma di Cusano.

Infine si presenta uno scritto occasionale di Peter von Andlau (†1480), il *Libellus de cesarea monarchia* del 1460, un'elegante compilazione di passi dottrinali della tradizione canonistica sul rapporto tra papa e imperatore. L'autore non si propone qui di porre le basi per un progetto di riforma dell'impero, ma solo di ricostruire un quadro preciso del diritto vigente, mantenendo comunque una posizione moderata. Non vi sono critiche radicali alle basi testuali della canonistica. Anche la cosiddetta «Donazione di Costantino» è ancora ritenuta senz'altro valida. Il modello politico è quello di una stabile armonia di tutte le forze in campo, a partire dall'armonia tra papa e imperatore. Anche Peter von Andlau accoglie l'impostazione della *Bolla d'oro* e adotta quindi come linea-guida della propria esposizione la norma costituzionale che prescrive l'elezione come sistema di successione nella sovranità imperiale. Egli ad ogni modo non accenna mai al problema della territorializzazione del potere e quindi non presenta particolari elementi precorritori della moderna concezione della sovranità.

Questi tre esempi non esauriscono certo lo spettro delle possibili rappresentazioni canonistiche dello Stato e dell'Impero. Esse dimostrano peraltro che anche nell'ambito della tradizione canonistica fu possibile la coesistenza di modelli politici fra loro molto diversi e che una simile differenziazione si impose in ragione delle diverse circostanze storiche contingenti e delle differenti concezioni dei singoli autori. Il diritto canonico, in conclusione, non fu il – o un – 'progenitore' del diritto pubblico

che si sviluppò seguito, ma rappresentò un importantissimo canale di diffusione di determinate teorie giuridico-politiche che nel tempo furono messe variamente alla prova, se non addirittura vagliate criticamente.

*Traduzione di Lucia Bianchin*

## 3.

## *Territori e città / Territorien und Städte*



# Das Herrschaftsverständnis deutscher Fürsten im späten Mittelalter

von *Dietmar Willoweit*

## 1. *Die Notwendigkeit eines Perspektivenwechsels*

Das Thema erfordert eine Vorbemerkung zum Sinn der Fragestellung. Unendlich oft ist in der deutschen wissenschaftlichen Literatur seit den Tagen Walter Schlesingers von der «Entstehung der Landesherrschaft» im Reich die Rede gewesen[1] – so oft, dass es schon guter Gründe bedarf, um zu erklären, warum es für das 21. Jahrhundert nochmals aufgewärmt werden soll. Diese Fragestellung jedenfalls hat ihre Dienste geleistet, indem sie der breit gefächerten landesgeschichtlichen Forschung kräftige Impulse verlieh und tiefe Einblicke in das komplexe und so verschiedenartige Herrschaftswesen der deutschen Landschaften vermittelte – einerseits. Andererseits spiegelt die erkenntnisleitende Begrifflichkeit, mit der diese Forschungen arbeiten, unverkennbar eine nicht unproblematische Perspektive ex post wider: «Landesherrschaft», «Landeshoheit», «Territorienbildung» und ähnliche Vokabeln zitieren mehr oder weniger deutlich Georg Jellineks «Staatsgewalt» und Staatsgebiet»[2], auch wenn sich leider in der Vielfalt der deutschen Staatenwelt richtige «Staatsvölker» kaum ausmachen lassen. So erklärt sich zwanglos die einst laute Klage über den deutschen «Partikularismus» und dass die Wissenschaft in unserem Lande die Gründe dieser Entwicklung zu klären versuchte.

Wir müssen uns freilich fragen, ob dies auch die Perspektive der Zeitgenossen des späten Mittelalters gewesen ist. Sie konnten schwerlich etwas wollen und anstreben, was sie noch gar nicht kannten und außerhalb ihres Vorstellungsvermögens lag – den neuzeitlichen Staat. Wenn es sich also lohnen könnte, die alte Frage nach der allmählichen Entstehung des

[1] W. SCHLESINGER, *Die Entstehung der Landesherrschaft*, 1941, ND Darmstadt 1969; die Beiträge in H. KÄMPF (Hrsg.), *Herrschaft und Staat im Mittelalter*, Darmstadt 1964, sowie H. PATZE (Hrsg.), *Der deutsche Territorialstaat im 14. Jahrhundert*, Bde. 1-2, Sigmaringen 1986[2]; umfassende Literaturhinweise bei D. WILLOWEIT, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, München 2009[6], S. 39 f., 81 f.

[2] G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 5. Neudr. 1928[3], ND Darmstadt 1959, S. 394 ff.

Staates in der spätmittelalterlichen Territorialherrschaft erneut aufzugreifen, dann nur deshalb, weil es Anzeichen dafür gibt, dass wir die politische Gedankenwelt der an den damaligen Prozessen direkt Beteiligten nur unzureichend verstanden haben. Nicht zufällig also möchte dieses Referat etwas zum «Herrschaftsverständnis», d.h. zum Selbstverständnis deutscher Herrschaftsinhaber beitragen. Wenn es auch nicht möglich ist, den Blick ex post konsequent durch die Beobachtung ex ante zu ersetzen, so macht es doch einen Unterschied, ob ich nach der Entstehung der «Landesherrschaft» oder nach dem Herrschaftsdenken der Zeitgenossen frage. Welche Modelle und Ziele legten sie der politischen Realität, die sie gestalteten, zugrunde? Denn dass sie nicht pragmatisch in den Tag hinein Privilegien erteilten und Verträge schlossen, sondern sich von normativen, also nicht nur für den Einzelfall geltenden politischen Ideen leiten ließen, lässt sich schon für das ältere, das «erste» Mittelalter nachweisen – man denke nur an die Kette der Immunitätsprivilegien, mit denen die Reichskirche aufgebaut wurde[3], oder an die geradezu staatstheoretische Vorbereitung der Regalienleihe im Wormser Konkordat[4]. Erst recht gilt für die Stauferzeit, dass sich die Politik der Herrscher nicht auf die Erhaltung der traditionalen Strukturen beschränkte, sondern mit gezielt verwirklichten Verfassungskonstruktionen legitime Herrschaftsverhältnisse neuer Art schaffen wollte. Deren Sinn gilt es zu verstehen, egal, ob wir daraus neue Einsichten gerade für die «Landesherrschaft» gewinnen oder nicht.

Was ich hier als Perspektivenwechsel anzudeuten versuche, wird von einem anderen, besser bekannten Forschungsansatz abgestützt: der Begriffsgeschichte. Nimmt man ihr Anliegen ernst, dann verbietet es sich einfach, weiterhin den eingeschliffenen Sprachkonventionen der Forschungsliteratur zu folgen, wenn sich die gebrauchten Worte in den Quellentexten der zu untersuchenden Zeit nicht wiederfinden, wie zum Beispiel der beliebte Terminus «Landeshoheit» im Mittelalter[5]. Und insofern ist es

[3] D. WILLOWEIT, Art. *Immunität*, in *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, 2. Aufl., Bd. 2 (Lfg. 13), Sp. 217-230.

[4] I. OTT, *Der Regalienbegriff im 12. Jahrhundert*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte/Kanonistische Abteilung» (künftig «ZRG/KA»), 35, 1948, S. 234-304; J. *Fried*, Der Regalienbegriff im 11. und 12. Jahrhundert, in «Deutsches Archiv», 29, 1973, S. 450-528; D. HÄGERMANN, Art. *Regalien*, in *Lexikon des Mittelalters*, Bd. 7, 1995, S. 555-558.

[5] *Deutsches Rechtswörterbuch*, Bd. 8, 1984-1991 Sp. 465-466. Die dort verzeichneten Belege setzen in der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts ein und sind als deutsche Version des seit Jean Bodin allgemein in Gebrauch gekommenen Wortes «maiestas» zu verstehen,

auch um die «Landesherrschaft» schlecht bestellt. Dieses deutsche Wort kommt erst im 15. Jahrhundert in Gebrauch[6]. Den *domini terrae* des 13. Jahrhunderts hat man – wie schon Ernst Schubert bemerkte – mit einer falschen Übersetzung zuviel Ehre angetan, als man sie zu «Landesherren» beförderte[7]. Als ich daher hier in Trient vor 15 Jahren vorschlug, die schlichteren «Landherren» von den viel später auftretenden, respektableren «Landesherren» im Sinne der Forschung zu unterscheiden[8], habe ich viel Heiterkeit geerntet. Die Quellen blieben davon unbeeindruckt und haben mich seit jener Tagung nur in der Überzeugung bestärkt, dass wir die sehr unterschiedlichen Herrschaftsträger des späten Mittelalters keinesfalls über einen Kamm scheren dürfen, sondern eher im Gegenteil bemüht sein sollten, mit weiteren Differenzierungen neue Einsichten in jene uns doch sehr ferne und fremde Zeiten zu gewinnen.

Die folgenden Überlegungen versuchen, in drei Schritten dieses Forschungsfeld zu skizzieren. Ich wiederhole zunächst «selbstreferentiell», also mit mehreren Verweisen auf eigene Arbeiten, was zum Herrschaftsverständnis der Stauferzeit zu sagen ist und – wenn ich mich nicht täusche – fundamentalen Widerspruch bisher nicht erfahren hat. In einem zweiten Schritt ist an Hand einiger Beispiele auf die dauerhaften Wirkungen der im 12. und 13. Jahrhundert entwickelten Rechtsvorstellungen noch im 14. und 15. Jahrhundert einzugehen. Ein letzter Teil wird schließlich einige in diesem Zusammenhang bisher weniger beachtete Quellenzeugnisse diskutieren, die geeignet sind, unser bisher recht pauschales Ver-

vgl. dazu D. WILLOWEIT, *Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt*, Köln 1975, S. 170 ff., sowie E. SCHUBERT, *Fürstliche Herrschaft und Territorium im späten Mittelalter*, München 1996, S. 55 f.

6 *Deutsches Rechtswörterbuch*, Bd. 8, Sp. 462 mit dem frühesten Beleg aus dem zweiten Jahrzehnt des 16. Jahrhunderts; E. SCHUBERT, Art. *Landesherrschaft und -hoheit*, in *Lexikon des Mittelalters*, Bd. 5, 1991, S. 1654-1655. Zum früher bezeugten «Land(es)herrn» vgl. den folgenden Text.

7 E. SCHUBERT, *Fürstliche Herrschaft*, S. 105, 54.

8 D. WILLOWEIT, *Grundherrschaft und Territorienbildung. Landherren und Landesherren in deutschsprachigen Urkunden des 13. Jahrhunderts*, in G. DILCHER - C. VIOLANTE (Hrsg.), *Strukturen und Wandlungen der ländlichen Herrschaftsformen vom 10. zum 13. Jahrhundert* (Schriften des Italienisch-deutschen historischen Instituts in Trient, 14), Berlin 2000, S. 215-233, it. Ausg. DIES. (Hrsg.), *Strutture e transformazioni della signoria rurale nei secoli X-XIII* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Quaderni, 44), Bologna 1996, S. 595-621, Neudr. in D. WILLOWEIT, *Staatsbildung und Jurisprudenz. Spätmittelalter und frühe Neuzeit. Gesammelte Aufsätze 1964-2002*, Bd. 1-2, Stockstadt 2009, Bd. 1, S. 471-489.

ständnis der Landesherrschaft in spätmittelalterlicher Zeit überhaupt in Frage zu stellen[9].

## 2. *Verfassungspolitik der Stauferzeit*

Zwei Elemente bestimmen das Verfassungsdenken der staufischen Epoche. Erstens die seit der Reichsversammlung von Roncaglia 1158 von Kaiser Friedrich Barbarossa und seinen rechtspolitischen Beratern postulierte Herleitung aller für maßgeblich erachteten Herrschaftsrechte, Gerichtsbarkeit und Regalien, aus der originär gedachten Rechtsmacht des Kaisertums[10]. Und zweitens – endgültig unter Kaiser Friedrich II. – die Anerkennung der von den weltlichen Fürsten ererbten oder durch Belehnung erworbenen Rechtsmacht über Land und Leute als herrschaftliches Eigentum, das Grund und Boden ebenso wie die zugehörigen Nutzungsrechte, Gerichte, Land und Leute umfasst[11]. Da der Adel im Reich schon vor dem Herrschaftsantritt der staufischen Dynastie über bedeutende regionale Machtpositionen gebot, kann der nunmehr praktizierte Erwerb von Reichslehen nur den Sinn einer Legitimation adliger Herrschaft gehabt haben[12]. Verfassungsgeschichte erschließt sich dem rückblickenden Beobachter am gründlichsten, wenn sie als Legitimationsgeschichte begriffen wird. So jedenfalls erklären sich die in der Stauferzeit beginnenden Veränderungen zwanglos. Die Belehnung durch das Reichsoberhaupt erhebt den Reichsvasallen nicht nur symbolisch und mit umfassenderen Herrschaftsrechten machtpolitisch über den Kreis des übrigen Adels. Sie schafft vor allem auch einen ideellen Grund für seine Herrschaft und

[9] Ein zu früh verstorbener Gesinnungsgenosse und Mitstreiter auf diesem mühsamen Forschungspfad war Ernst Schubert, der in seinem schon zitierten Buch über die fürstliche Herrschaft (siehe Anm. 5) die eingefahrenen Wege der Wissenschaft zutreffend kritisch analysiert hat.

[10] Vgl. dazu die Beiträge in G. DILCHER - D. QUAGLIONI (Hrsg.), *Gli inizi del diritto pubblico. L'eta di Federico Barbarossa: legislazione e scienza del diritto / Die Anfänge des öffentlichen Rechts. Gesetzgebung im Zeitalter Friedrich Barbarossas und das Gelehrte Recht* (Annali dell'Istituto storico italo germanico in Trento. Contributi/Beiträge, 19), Bologna - Berlin 2006; ferner D. WILLOWEIT, *Rezeption und Staatsbildung im Mittelalter*, in D. SIMON (Hrsg.), *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages*, Frankfurt a.M. 1987, S. 19-44, hier S. 21 ff., Neudr. in D. WILLOWEIT, *Staatsbildung*, Bd. 1, S. 275-300.

[11] D. WILLOWEIT, *Rezeption und Staatsbildung*, S. 30 ff.

[12] D. WILLOWEIT, *Fürst und Fürstentum in Quellen der Stauferzeit*, in «Rheinische Vierteljahrsblätter», 63, 1999, S. 7-25, Neudr. in DERS., *Staatsbildung*, Bd. 1, S. 451-469; E. SCHUBERT, *Fürstliche Herrschaft*, S. 103 und *passim*.

für den Gehorsam der Untertanen, denen der nunmehr so zu nennende princeps und Fürst nicht kraft eigener Machtfülle, sondern als Abgesandter und Vertreter der höchsten weltlichen Gewalt des christlichen Erdkreises gegenübertritt. Wir gehen kaum fehl in der Annahme, dass dieses in der Stauferzeit unübersehbare Legitimationsbedürfnis seine Wurzeln in einer ersten Kenntnis des römischen Staatsrechts hatte[13], das man in die mittelalterliche Rechtswirklichkeit zu übertragen trachtete und dies begreiflicherweise mit den Mitteln, die damals zu Gebote standen, also mit Hilfe des Lehnrechts und der Regalienleihe. Die Eignung dieses Instrumentariums für die Realisierung der angestrebten Delegation kaiserlicher Herrschermacht auf die großen Machthaber des Adels musste den Zeitgenossen umso mehr einleuchten, als der Vasall auch durch seine Lehenspflichten an das Reichsoberhaupt gebunden wurde. Diese Koinzidenz der Rechtswirkungen nach herkömmlichem ebenso wie nach gelehrtem Verständnis legt die These nahe, dass die Rezeption juristischen Rechtsdenkens dort stattfindet, wo verwandte Rechtsfiguren aus einheimischem Herkommen bekannt sind, die den Zugang zu der vom römischen und kanonischen Recht vermittelten Rationalität überhaupt erst ermöglichten. Dass Heinrich Mitteis den Wandel der Reichsverfassung seit dem 12. Jahrhundert als einen Prozess ihrer Schwächung vielleicht missdeuten musste, beruht weitgehend auf der Ausblendung des gelehrten Rechts durch den Gebrauch der «deutschrechtlichen» Brille, auf den sich Inhaber germanistischer Lehrstühle in früheren Zeiten nun einmal verpflichtet sahen[14].

Die Erhebungen von Grafschaften zu Reichsfürstentümern – seit Namur 1184 und Braunschweig 1235 – sind aus der weiteren Verfassungsgeschichte des Mittelalters nicht hinwegzudenken[15]. Diese Privilegierungen legiti-

[13] T. STRUVE, *Die Rolle des römischen Rechts in der kaiserlichen Theorie vor Roncaglia*, in G. DILCHER - D. QUAGLIONI (Hrsg.), *Gli inizi del diritto pubblico / Die Anfänge des öffentlichen Rechts*, S. 71-99; noch immer lesenswert auch M. POMTOW, *Über den Einfluß der altrömischen Vorstellungen vom Staat auf die Politik Kaiser Friedrichs I. und die Anschauungen seiner Zeit*, Phil. Dissertation Halle, 1885.

[14] H. MITTEIS, *Der Staat des hohen Mittelalters*, Weimar 1959$^6$, S. 259, 425: «An die Stelle der zentripedalen trat (in Deutschland und Italien) die zentrifugale Wirkung» des Lehnrechts; DERS., *Lehnrecht und Staatsgewalt*, 1933, ND Darmstadt 1958, S. 443; dazu B. DIESTELKAMP, *Heinrich Mitteis' «Lehnrecht und Staatsgewalt» im Lichte moderner Forschung*, in P. LANDAU - H. NEHLSEN - D. WILLOWEIT (Hrsg.), *Heinrich Mitteis nach hundert Jahren (1889-1989)*, (Bayerische Akademie der Wissenschaften, Phil.-hist. Kl., Abhandlungen, NF 106) München 1991, S. 11-21.

[15] St. SCHLINKER, *Fürstenamt und Rezeption*, Köln 1999, S. 20 ff.

mierten auch die Herrschaft über die bis dahin unabhängig vom Kaiser besessenen oder erworbenen Ländereien des Adels durch das Reich und sie vermittelten dem neuen Fürsten ein juristisch definierbares, dingliches Recht an seinem Lande. Die lange Kette der seit Kaiser Friedrich II. bis zum Ende des Mittelalters und darüber hinaus verliehenen Fürstenwürden bezeugt die fortdauernde Attraktivität dieses verfassungspolitischen Modells. Nicht um ständisches Denken geht es hier in erster Linie, wie die alte Redeweise von der «Erhebung in den Reichsfürstenstand» nahe legt, sondern um die Begründung eines unmittelbaren Legitimationszusammenhanges zwischen dem Kaiser und dem regionalen Herrscher[16]. Grafen, denen es nicht gelang, in den Kreis der Fürsten einzutreten, konnten zwar einzelne Reichsrechte erwerben, mussten sich aber in der Regel hinsichtlich ihrer Güter mit der Belehnung durch einen – meist benachbarten – Fürsten zufriedengeben. Auf diese Weise gewannen sie jedenfalls mittelbar einen Anteil an der Herrschaftslegitimation durch das Reich und zugleich einen mächtigeren Schutzherrn in ihrer Region, oft mit der Chance, in den geistlichen Wahlfürstentümern wenigstens auf Zeit der vornehmsten Schicht adeliger Würdenträger anzugehören[17].

Die andere Spur, welche die Verfassungspolitik des staufischen Zeitalters in der deutschen Geschichte hinterlassen hat, die Vorstellung einer vom Eigentumsgedanken getragenen Herrschaft über Land und Leute, ist mit der kaiserlichen Herrschaftslegitimation untrennbar verbunden. Es ist schwer zu entscheiden, ob sie als eine notwendige Folge des Belehnungsaktes, also des damit erworbenen *dominium utile*, gedacht werden muss oder ob wir es bei der Schaffung weiterer Reichsfürstentümer vor allem mit einer großartigen, vielleicht genial zu nennenden juristischen Konstruktion zu tun haben. Denn dieser Rechtsakt hatte ja nicht nur den Empfang von Reichsrechten zum Inhalt, sondern zuvor in derselben Urkunde die Hingabe bis dahin allodialen Adelsgutes an das Reich, um es von diesem sogleich wieder als Lehen zurückzuempfangen[18]. Die auf diese Weise mit der Institution des Reichsfürstentums verbundene Wirkung der früher so genannten «Verdinglichung» adeliger Herrschaft war schon der

[16] Dazu E. SCHUBERT, *Fürstliche Herrschaft*, S. 10, 51, der weniger die Legitimation durch die Belehnung als die «Ansätze transpersonaler Herrschaftslegitimation» betont, vgl. S. 82 ff.

[17] E. SCHUBERT, *Fürstliche Herrschaft*, S. 10 ff. mit teilweise anderen Akzenten. Eine vergleichende Untersuchung des mittelalterlichen Herrschaftswesens der Grafen existiert bisher nicht.

[18] St. SCHLINKER, *Fürstenamt und Rezeption*, S. 53 ff., 217 ff.

älteren Forschung aufgefallen, aber nicht mit der beginnenden Rezeption in Zusammenhang gebracht worden. Im Gegenteil wurde gelegentlich der «deutschrechtliche» Charakter dieses Herrschaftsdenkens behauptet[19]. Statt immer wieder die recht grobe Formel von der «Rezeption» zu gebrauchen, sollte man allerdings auch eher über die allmähliche Durchdringung des Rechtsdenkens der führenden Gesellschaftsschichten von den Instituten und der Logik des gelehrten Rechts diskutieren. Daraus konnten sich auch Folgen ergeben, die aus heutiger Sicht die Rationalisierungsprozesse des Mittelalters scheinbar behinderten. Landesteilungen zum Beispiel, denen Friedrich Barbarossa noch entgegentrat, die aber eine Konsequenz des eigentumsrechtlichen Herrschaftsverständnisses gewesen sind, setzten sich als Methode der Bewältigung dynastischer Spannungen seit der Mitte des 13. Jahrhunderts allgemein durch[20]. Bei alledem geht es niemals um «Privateigentum» im Sinne des römischen oder modernen Rechts, sondern um eine Rechtsfigur, die ich «Herrschaftseigentum» nennen möchte und stets Bestimmungsbefugnisse gegenüber den Herrschaftsunterworfenen einschloss. Dass eine solche Rechtsmacht zu Konflikten führen konnte, liegt nahe. Aus diesem Grunde wurde den *domini terrae* 1231 auch verboten, *statuta* zu machen ohne Zustimmung der Großen des Landes, die sich gegen den Machtwillen des Eigentümers zur Wehr setzten. Wir müssen uns also diese Leute nicht mühsam als Vorboten der sonst noch nicht in Erscheinung tretenden Landstände vorstellen[21].

### 3. *Folgen und Fernwirkungen der staufischen Verfassungspolitik*

Da die bisherigen Überlegungen nolens volens den Anspruch erheben, für die deutschen Landschaften des Reiches schlüssige Erklärungen der spätmittelalterlichen Herrschaftsentwicklung zu bieten, stellt sich die Frage, ob sie auf einer genügend breiten Quellenbasis verifiziert werden können. Das scheint mir in der Tat für eine ganze Reihe historischer Zeugnisse und Vorgänge möglich zu sein, von denen hier nur wenige zur Sprache kommen können. Ich übergehe das viel erörterte *Statutum in favorem principum* von 1232 mit seiner sorgfältigen Unterscheidung von

[19] Zum Beispiel G. KISCH, *Das Mühlenregal im Deutschordensgebiete*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte/Germanistische Abteilung» (künftig «ZRG/GA»), 48, 1928, S. 176-193, 187 f. unter Berufung auf Otto von Gierke.

[20] D. WILLOWEIT, Art. *Landesteilung*, in *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. 2, Sp.1415-1419. Auch diese Vorgänge sind ein Desiderat vergleichender Forschung.

[21] Auch dazu E. SCHUBERT, *Fürstliche Herrschaft*, S. 92 ff, 94.

*domini terrae* und *principes*[22] und ebenso die Herrschaftsbegründung des Deutschen Ordens im Preußenland mit der kaiserlichen Ermächtigung durch die *Goldbulle* von Rimini 1226 einerseits sowie der nachfolgenden, in der Kulmer Handfeste 1233 vorgezeichneten Eigentumsherrschaft des Ordens andererseits[23]. Doch gerade solche Situationen, in denen Zeitgenossen Gelegenheit fanden, die maßgeblichen Merkmale der Herrschaft nach ihren Vorstellungen ideal, also ohne Rücksicht auf etwa schon vorhandene Rechtsverhältnisse, zu fixieren, verdienen unser besonderes Interesse. Das ist zum einen der Fall, wenn ein Herrschaftsbereich gleichsam aus wilder Wurzel erstmals organisiert werden soll, wie im Lande der bis dahin heidnischen Prußen. Zum anderen sind es die Fälscher, die unfreiwillig verraten, wie nach ihrer Meinung Herrschaftsverhältnisse optimal beschaffen sein sollten. Wertvolle Auskünfte erteilt insofern das *privilegium maius* rund hundert Jahre nach dem Ende der staufischen Dynastie[24]. Obwohl es sich Herzog Rudolf von Österreich so bequem wie möglich im Reiche einrichten möchte, legt er doch größten Wert auf eine feierliche Belehnung durch den Kaiser «in eius rei evidentiam, ut princeps imperii dinoscatur». Was dann aber folgt, ist die weitestgehende Ausdehnung der Rechte des Fürsten, der sich trotz der Belehnung als freier Eigentümer seines Landes gerieren möchte. Im Erbfalle geht das *dominium* am Lande *iure hereditario* auf den ältesten Sohn über, beim Ausbleiben männlichen Nachwuchses sogar auf eine Tochter. Falls der Herzog aber ohne Erben seinem Ende entgegensehen sollte, hat er die *potestas libera*, seine Länder, wem immer er will, zu schenken oder zu überlassen. Von einem lehenrechtlichen Heimfallrecht des Reiches ist keine Rede[25]. Wenn diese Verfügungsfreiheit von Todes wegen gegeben sein soll, warum dann nicht auch unter Lebenden? Diesen Fall musste der machtbewusste Herzog nicht regeln, weil er an Veräußerungen offenbar nicht dachte. Doch ausgeschlossen hätte er diese Möglichkeit wohl

[22] A. BUSCHMANN, Art. *Statutum in favorem principum*, in: *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. 4, Sp. 1926-1931 mit weiteren Nachweisen; D. WILLOWEIT, *Rezeption und Staatsbildung*, S. 38 f.

[23] D. WILLOWEIT, *Die Kulmer Handfeste und das Herrschaftsverständnis der Stauferzeit*, in «Beiträge zur Geschichte Westpreußens», 9, 1985, S. 5-24, Neudr. in DERS., *Staatsbildung und Jurisprudenz*, Bd. 1, S. 255-274.

[24] W. MALECZEK, Art. *Privilegium maius*, in *Lexikon des Mittelalters*, Bd. 7, 1995, S. 230.

[25] Vgl. den Urkundentext bei L. WEINRICH (Hrsg.), *Quellen zur Verfassungsgeschichte des römisch-deutschen Reiches im Spätmittelalter (1250-1500)*, (Freiherr-vom-Stein-Gedächtnisausgabe. Ausgewählte Quellen zur deutschen Geschichte des Mittelalters, 33) Darmstadt 1983, Nr. 95, S. 394-403.

nicht. Denn etwa zu derselben Zeit, als die Fälschung entstand, hat Bartolus bekanntlich jene Eigentumsdefinition gefunden, die dem Eigentümer ein vollkommenes Verfügungsrecht über sein Herrschaftsobjekt gewährt[26].

Beide Komponenten dieses Herrschaftsverständnisses, die reichsrechtliche Legitimation und das eigentumsrechtliche Herrschaftsdenken, sind geeignet, auch schwerwiegende politische Vorgänge zu erklären. Was hat König Rudolf von Habsburg eigentlich bewogen, die Revindikation ehemaligen Reichgutes in die Wege zu leiten, das vielfach längst in die Hände Dritter gelangt war? Nicht zufällig stießen diese Maßnahmen auf erhebliche Widerstände. Nach den bekannten einheimischen Rechtsvorstellungen hätte er sie von den vorgeblich unrechtmäßigen Ersterwerbern herausverlangen müssen[27]. Erst das römische Recht konnte ihn auf die Idee bringen, den Anspruch auf das Eigentum des Reiches im Wege der *rei vindicatio* gegen beliebige Dritte geltend zu machen. Eine gründliche rechtsgeschichtliche Untersuchung dieser Vorgänge würde sich gewiss lohnen[28]. Ähnliches gilt für die oft beklagte Hausmachtpolitik deutscher Herrscher, die damit doch nur den Wegen folgten, die ihnen die Jurisprudenz durch Vermittlung eines neuen Herrschaftsdenkens gewiesen hatte. Parallel zu dieser Entwicklung bleibt aber die Wahrung der herrschaftslegitimierenden Beziehung zu Kaiser und Reich ein hochrangiges Anliegen der Fürsten. Letztlich ist dies auch der Grund dafür, dass das Reich an dem schwerwiegenden Konfessionskonflikt des 16. Jahrhunderts nicht zerbrach, nicht zerbrechen konnte. Denn wer hätte es als Quelle rechtmäßiger Herrschaft ersetzen sollen? Als der letzte Hochmeister des Deutschen Ordens, Albrecht von Brandenburg, auf Luthers Anraten seinen Mönchsstaat im Preußenland in ein weltliches Herzogtum verwandelte, hätte er als geächteter Usurpator kaum Anerkennung im Kreise der Fürsten finden können, wenn nicht der König von Polen – wie der Kaiser ein höchster Herr – bereit gewesen wäre, mit ein wenig historischer Camouflage die Rolle des Lehnsherrn zu übernehmen

[26] D. WILLOWEIT, *Dominium und Proprietas. Zur Entwicklung des Eigentumsbegriffs in der mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechtswissenschaft*, in «Historisches Jahrbuch», 94, 1974, S. 131-156, Neudr. in DERS., *Staatsbildung und Jurisprudenz*, Bd. 1, S. 177-202.

[27] R. HÜBNER, *Grundzüge des Deutschen Privatrechts*, Leipzig 1930[5], S. 433 ff.; W. OGRIS, Art. *Hand wahre Hand*, in *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, 2. Aufl., Bd. 2 (Lfg. 11), Sp. 698-702.

[28] Das Auffinden der einschlägigen, verstreut überlieferten Nachrichten ermöglicht die digitale Version der *Regesta Imperii*.

und Herzog Albrechts Herrschaft auf eine neue Rechtsgrundlage zu stellen[29].

Noch im 14. und 15. Jahrhundert ist das Kaisertum als Ursprung aller Gerichtsbarkeit ganz selbstverständlich anerkannt. So haben zwar die seit dem ausgehenden 13. Jahrhundert in großer Dichte überlieferten Gerichtsstandprivilegien für Fürsten und Grafen diese von der Jurisdiktion der älteren, herrschaftsübergreifenden Landgerichte befreit – ein Sachverhalt, der stets und nicht zu Unrecht auf dem Konto der «Territorienbildung» verbucht worden ist[30]. Weniger zur Kenntnis genommen hat die Forschung dagegen die Wege, auf denen die von fremder Gerichtsbarkeit befreiten Herren in den Besitz eigener Gerichte gelangt sind. Für Fürsten scheint sich die Frage zu erübrigen, weil sie als Empfänger von Reichslehen auch die Gerichtshoheit über ihr Fürstentum erhalten hatten. Wenn ein Fürst danach allerdings in den Besitz weiterer Halsgerichte gelangte, musste er nach Zeugnissen aus dem 13. bis 15. Jahrhundert den für die Ausübung der Gerichtsbarkeit notwendigen Blutbann vom Kaiser erhalten. Noch deutlicher tritt das Kaisertum als Quelle aller an Leib und Leben gehenden Gerichtshoheit bei den Grafen in Erscheinung. Deren Gerichtsbarkeit machte ursprünglich an Herrschaftsgrenzen nicht halt, erfasste andererseits aber auch nicht unbedingt das ganze eigene *dominium*. Im 15. Jahrhundert erhalten nun viele dieser Grafen den Blutbann vom Kaiser ausdrücklich für ihren ganzen Besitz. Noch erstaunlicher ist, dass seit der Mitte des 14. Jahrhunderts auch viele kleine Herren und Ritter, die meist nicht mehr als eine Burg und einige Dörfer besitzen, in den Genuss kaiserlicher Blutbannverleihungen kommen[31]. Praktische Gründe, die Notwendigkeiten effizienter Strafverfolgung etwa, mögen diese Verteilung und Aufsplitterung der Halsgerichtsbarkeit ausgelöst haben. Doch dafür benötigten die Beteiligten immer noch das Reichsoberhaupt. Man ist versucht zu sagen: Die *lex Omnis iurisdictio* lässt grüßen – in verfassungspolitisches Denken übersetzt durch die große Schar gelehrter

[29] D. WILLOWEIT, *Recht, Landesherrschaft und Obrigkeit in Altpreußen. Vom Ordensstaat zum Herzogtum*, in B. JÄHNIG - J. KLOOSTERHUIS (Hrsg.), *Preussens erstes Provinzialarchiv. Zur Erinnerung an die Gründung des Staatsarchivs Königsberg vor 200 Jahren*, Marburg 2006, S. 11-26, 20 ff.

[30] F. BATTENBERG, *Die Gerichtsstandsprivilegien der deutschen Kaiser und Könige bis zum Jahre 1451*, Tlbd. 1-2, Köln 1983.

[31] D. WILLOWEIT, *Die Territorialisierung der Blutgerichtsbarkeit im späten Mittelalter*, in H.-P. BAUM - R. LENG - J. SCHNEIDER (Hrsg.), *Wirtschaft – Gesellschaft – Mentalitäten im Mittelalter. Festschrift zum 75. Geburtstag von Rolf Sprandel*, Stuttgart 2006, S. 247-270, hier S. 25 ff.

Juristen, die ihren Herren längst das Einmaleins eines juristisch imprägnierten Herrschaftsverständnisses vermittelt hatte.

Besonders deutlich lässt sich der fortdauernde Reichsbezug aller Herrschaft auch am Beispiel der Juden demonstrieren. Die Wahrnehmung des sogenannten «Judenregals» durch die Fürsten war nicht Folge einer irgendwie geschehenen «Territorialisierung» königlicher Rechte, sondern Folge der Belehnung durch den König, der damit aber seine Eigenschaft als oberster Schutzherr der Juden nicht verlor und ihnen daher auch neue Steuern, wie den «Goldenen Opferpfennig»[32], aufbürden konnte. Grafen und andere nichtfürstliche Herrschaftsträger durften den Judenschutz mit den zugehörigen Besteuerungsrechten dagegen nur ausüben, wenn sie dazu vom Reichsoberhaupt ausdrücklich ermächtigt worden waren[33]. Daß dem Reichsoberhaupt im Hofgericht, später in seinem Kammergericht und noch in der Neuzeit im Reichshofrat auch die zentrale Aufgabe höchstrichterlichen Rechtsschutzes anvertraut war, fügt sich nahtlos in die mit der *lex Omnis iurisdictio* dauerhaft stabilisierte Rechtsgewohnheit. Ebenso konsequent war die Entstehung eines mit der Verleihung der Fürstenwürde verwandten Politikfeldes von erheblichem Gewicht, das der Kaiser unangefochten bis zum Ende des Alten Reiches beherrschte: die Aufnahme in den Kreis des hohen, d.h. des regierenden, also auch gräflichen Adels durch die ihm insofern allein zustehenden Standeserhöhungen. Aus allen diesen Rechten, die man in der neuzeitlichen Rechtsliteratur als kaiserliche «Reservatrechte» zusammenhanglos aufzuzählen beliebte, formt sich bei genauerem Hinsehen eine in sich konsequente Vorstellung vom Reichsoberhaupt als Quelle des Rechts, in welche sich auch die kaiserliche Herkunft des römischen Rechts nahtlos einfügt[34].

## 4. *Fürstenherrschaft zwischen Reichsrecht und Eigentümerherrschaft*

Wenn diese wenigen skizzenhaften Bemerkungen ein vorsichtiges Fazit erlauben, dann sicher die Schlussfolgerung, dass die Einbindung der spätmittelalterlichen Landesherrschaft in das Reich sehr viel ernster zu

[32] E. ISENMANN, *Steuern und Abgaben*, in A. MAIMON - M. BREUER - Y. GUGGENHEIM (Hrsg.), *Germania Judaica*, Bd. 3: *1350-1519*, 3. Tlbd., Tübingen 2003, S. 2208-2281, hier S. 2221 ff.

[33] D. WILLOWEIT, *Verfassungsgeschichtliche Aspekte des Judenschutzes im späten Mittelalter*, in «Aschkenas», 9, 1999, S. 9-30, hier S. 27, Neudr. in DERS., *Staatsbildung und Jurisprudenz*, Bd. 1, S. 429-450.

[34] H. CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. 2, Karlsruhe 1966, S. 67.

nehmen ist, als dies die ältere Forschung wahrhaben wollte. Während die klassischen Darstellungen der deutschen Staats- und Rechtsgeschichte aus dem frühen 20. Jahrhundert einen Verfall der Reichsgewalt im Spätmittelalter glaubten feststellen zu können[35], haben nach dem Zweiten Weltkrieg in der Nachfolge Otto Brunners[36] die engagierten Verkünder eines neuen Bildes der mittelalterlichen Verfassungsgeschichte die Bedeutung des Reiches noch weiter relativiert und allein «Adel» und «Herrschaft» zu den entscheidenden Faktoren der deutschen Verfassungsentwicklung erklärt[37]. Aus der heute gegebenen Distanz zu dieser – einst uns Jüngere begeisternden – Forschungsrichtung kommt man nicht an der Feststellung vorbei, dass sich in der Paradigmatisierung des «Adels» noch ein ungefähres Spiegelbild von «Führertum» und «Gefolgschaft» erkennen ließ[38]. Nach dem Untergang der «Dritten Reiches» aber konnte das Reich überhaupt zunächst kein Thema sein. Seitdem hat sich die Forschung darum bemüht, genuine Merkmale des Heiligen Römischen Reiches herauszuarbeiten, die seinen eigentümlichen Funktionen gerecht werden – als eines politischen Gebildes, dem die weiträumige Wahrung von Frieden und Recht anvertraut war. Dem möchte ich mit Entschiedenheit den eigentlich selbstverständlichen Gesichtspunkt der Legitimation fürstlicher Herrschaft hinzufügen, wie er sich schon an der Beständigkeit des Reichslehensystems ablesen lässt[39]. Als Begründung und Rechtfertigung adeliger Herrschaftsmacht ist das Reich gerade vor dem Hintergrund der wachsenden Bedeutung gelehrter Jurisprudenz ein unverzichtbares Element des politischen Systems in den zugehörigen Ländern.

Kann das Reich daher aus der rechtlichen Verfasstheit der deutschen Territorien nicht hinweggedacht werden, so stellt sich andererseits auch

[35] G. von Below, *Der deutsche Staat des Mittelalters,* Leipzig 1914, S. 231 ff. spricht von der «Durchbrechung des Untertanenverbandes» durch den «Feudalismus»; F. Keutgen, *Der deutsche Staat des Mittelaters,* Jena 1918, S. 125 sieht mit der «Entstehung der Landesherrschaft» das Reich zum «Monstrum» mutieren.

[36] O. Brunner, *Land und Herrschaft,* Wien 1965[5]; dazu E. Schubert, *Fürstliche Herrschaft,* S. 59 ff., 95 ff.

[37] H. Dannenbauer, *Adel, Burg und Herrschaft bei den Germanen* (1941), in H. Kämpf (Hrsg.), *Herrschaft und Staat,* S. 66-134; Th. Mayer, *Die Ausbildung der Grundlagen des modernen deutschen Staates im hohen Mittelalter* (1939), in H. Kämpf (Hrsg.), *Herrschaft und Staat,* S. 284-331.

[38] W. Schlesinger, *Herrschaft und Gefolgschaft in der germanisch-deutschen Verfassungsgeschichte* (1953), in H. Kämpf (Hrsg.), *Herrschaft und Staat,* S. 135-190.

[39] K.-F. Krieger, *Die Lehnshoheit des deutschen Königs im Spätmittelalter (ca. 1200-1437),* Aalen 1979.

die Frage, ob nicht die verallgemeinernde Zusammenfassung unterschiedlichster Herrschaftsgebilde – weltlicher wie geistlicher Fürsten – unter einem Begriff wie «Landesherrschaft» in die Irre führt. Der zerfaserte Besitz des Erzbischofs und Kurfürsten von Trier zum Beispiel, weckt Zweifel, ob die Zeitgenossen in einem solchen Falle die Rede von einem «Land» überhaupt verstanden hätten[40]. Wäre das aber auszuschließen, würde uns dieser moderne Begriff der Forschung nur täuschen. Kann man die mittelalterlichen Herrschaften der geistlichen Fürsten unterschiedslos den weltlichen Dynasten zur Seite stellen? Als Reichsfürsten am Hofe des Kaisers gewiss und in ihrer Region natürlich als Herren von höchster Reputation mit der Fähigkeit, das Recht über Leben und Tod, das sie vom Kaiser erhalten haben, an andere weiterzugeben. Aber wie sie ihren – vorsichtig formuliert – politischen Herrschaftsraum selbst begriffen, ist eine nicht leicht zu beantwortende Frage. So behaupteten Würzburger Juristen in einem mit blutiger Fehde verbundenen Streit zwischen den Fürstbischöfen von Bamberg und Würzburg in der Mitte des 15. Jahrhunderts, die landgerichtliche Jurisdiktion des ihrem Bischof verliehenen Herzogtums Franken reiche soweit wie seine kirchenrechtliche Diözese, die zum Beispiel auch den größten Teil der Markgrafschaft Ansbach umfasste. Der Kollege auf dem Bamberger Bischofstuhl dagegen habe in Wahrheit kein Landgericht, denn wie solle wohl das Land heißen, das er zu besitzen behaupte? «Franken» sei dies offenbar nicht, weil vom Kaiser schon dem Würzburger Bischof übertragen. Die juristischen Gegenargumente aus Bamberg beschrieben mit der Unterscheidung von weltlicher Herrschaft und kirchenrechtlicher Jurisdiktion zwar annähernd schon jene Rechtslage, die sich im Heiligen Römischen Reich schließlich durchgesetzt hat[41]. Aber sind wir deshalb berechtigt, die Würzburger Argumentation für blanken Zynismus zu halten? Das ist deshalb wenig wahrscheinlich, weil sich der unbekannte, aber gelehrte Verfasser jenes Schreibens dann dem Vorwurf mangelnder Ernsthaftigkeit ausgesetzt gesehen und jegliche Wirkungschance verspielt hätte. Entweder hat dieser juristisch gebildete Intellektuelle im Dienste des Würzburger Fürstbischofs die unterschiedlichen Rechtspositionen seines Herrn versuchsweise kombinieren und den

[40] So E. SCHUBERT in der Diskussion seines Vortrages *Die Umformung spätmittelalterlicher Fürstenherrschaft im 16. Jahrhundert*, in «Rheinische Vierteljahrsblätter», 63, 1999, S. 204-263; DERS., *Fürstliche Herrschaft*, S. 52 ff. zum «Territorium».

[41] D. WILLOWEIT, *Fürstentum und Landesherrschaft im Konflikt. Die Schriftsätze der Hochstifte Würzburg und Bamberg 1462/63*, in G. KÖBLER - H. NEHLSEN (Hrsg.), *Wirkungen europäischer Rechtskultur. Festschrift für Karl Kroeschell zum 70. Geburtstag*, München 1997, S. 1389-1402, Neudr. in DERS., *Staatsbildung und Jurisprudenz*, Bd, 1, S. 415-428.

Erfolg testen wollen oder er begriff das weltliche und geistliche Element der fürstbischöflichen Herrschaft als eine unauflösliche Einheit.

Für die zweite Alternative spricht eine Handschrift des Würzburger Juristen Michael de Leone aus der Mitte des 14. Jahrhunderts[42]. Sie zeigt, wie sehr das Herrschaftsdenken im späten Mittelalter noch im Fluss gewesen ist. Der literarisch vielseitig tätige Doktor beider Rechte Michael de Leone[43] hat in einem ausführlichen Text *De Episcopali Ecclesiae Herbipolensis jure* Rechtspositionen und Einrichtungen des Fürstbistums aufgelistet, die dem kirchlichen Handlungsraum angehören, also Pfarreien, Archidiakonate, Klöster. Unter den unmittelbar dem Bischof zugeordneten Rechten erscheint aber auch diese Feststellung:

«Praeterea Comites, Barones et Nobiles et maxime ministri utriusque sexus personae praesertim Ecclesiae Herbipol. infra limites ducatus Franconiae ac Episcopatus Herbipol. residentes jurisdictioni Episcopi Herbipolensis tam in spirituali quam in temporali immediate subsistunt, et nullus Archidiaconus in Ecclesia Herbipolensi jurisdictionem in praemissis obtinet seu obtinent ab antiquo»[44].

Der Ausschluss archidiakonaler Ansprüche ist der Zweck dieses Eintrags. Dem informierten Leser war auch sofort klar, dass der Gerichtsstand des beschriebenen Personenkreises vor dem «Kaiserlichen» Landgericht des Fürstbischofs gemeint war, dessen Kompetenz die Archidiakone nicht antasten durften. Aber nebenbei verrät das Zitat die Vorstellung, das Herzogtum Franken und die Diözese Würzburg lägen innerhalb derselben Grenzen. Ebenso argumentierte bekanntlich der schon erwähnte Würzburger Schriftsatz. Wenn nun der Adel und selbst die Grafen der Jurisdiktion des Fürstbischofs in geistlichen wie in weltlichen Sachen unterworfen sein sollen, dann wird damit ein Herrschaftsgebilde umschrieben, das als «Landesherrschaft» im landläufigen Sinne kaum zu verstehen ist. Denn die eigenständigen jurisdiktionellen Rechte insbesondere der Grafen wurden mit den Würzburger Ansprüchen ja nicht in Frage gestellt. Verschiedene Herrschaftsschichten gleichsam übereinander zu denken, bereitete den Zeitgenossen offenbar keine Schwierigkeiten.

Ähnliche Eindrücke vermittelt die Fortsetzung der Handschrift aus dem 15. Jahrhundert, die den Text durch die Schilderung von Rechten der

[42] A. RULAND, *Die Ebracher Handschrift des Michael d Leone*, in «Archiv des historischen Vereins von Unterfranken und Aschaffenburg», 13, 1855, S. 111-210.

[43] Zur Person und seinem Umfeld vgl. die Beiträge bei H. BRUNNER (Hrsg.), *Würzburg, der Große Löwenhof und die deutsche Literatur des Spätmittelalters*, Wiesbaden 2004.

[44] Bei A. RULAND, *Die Ebracher Handschrift*, S. 127.

weltlichen Herrschaft ergänzt[45]. Auch diese Fortsetzung enthält durchaus Merkwürdiges. Von Interesse sind vor allem zwei Kapitel, von denen eines die dem König und dem Bischof zu leistenden Eide enthält, das andere aber die bischöflichen Befestigungen und Residenzen. Unter den Eidesformeln finden sich solche für kirchliche Amtsträger, aber auch die von den Bürgern, Schultheißen und Zentgrafen zu gebrauchenden. In anderer Weise kommt die weltliche Gerichtsbarkeit des flachen Landes in diesem Dokument nicht vor. Anders als es sich die moderne Forschung vorstellt, erschöpft sich das Recht des Fürstbischofs an den für schwerwiegende Straftaten zuständigen Zentgerichten eben darin, dass ihm der bürgerliche oder kleinadelige Zentgraf den Amtseid leisten und im übrigen natürlich den Blutbann empfangen muss. Auf den Prozess und das Urteil Einfluss zu nehmen, kommt dem Bischof noch nicht in den Sinn. Auch hier ist man versucht, von übereinander gelagerten Herrschaftsschichten zu sprechen. Die ländlichen Gerichte waren genossenschaftlich organisiert und fanden ihre Urteile durch Schöffen. Nur rituelle Bindungen – Eid und Blutbannverleihung – ordneten sie in das Rechtssystem des Reiches ein, das in ihrem Raum der zuständige Fürst repräsentierte. Im Gegensatz zu dieser Art weltlicher Gerichtsbarkeit gestattete die geistliche Gerichtsbarkeit einen direkteren Zugriff auf die Lebensverhältnisse der Untertanen, weshalb wohl die zu der Diözese gehörenden zwölf Archidiakonate viel ausführlicher beschrieben werden.

Unter der Rubrik «Munitiones» zählt unser Autor rund fünfzig Burgen und feste Häuser auf – *castra* und *castella* – sowie über zwanzig Städte[46]. In anderer Weise kommt das Land, also das sogenannte Territorium des Fürstbischofs, in dieser Handschrift nicht vor. Er ist nur in den befestigten Orten präsent. Das ist sicher kein Zufall. Zwar ist davon auszugehen, dass mit den Burgen, vor allem aber mit den Städten weitere Herrschaftsrechte verbunden waren, über die dem Schreiber keine detaillierten Informationen vorgelegen haben werden. Aber die «festen», ummauerten Plätze garantierten eben das, was in jener Zeit das geläufige Dictum «Schutz und Schirm» meinte: Schutz des gemeinen Mannes vor den unwägbaren Gefahren einer leicht Gewalt gebrauchenden Gesellschaft. Großen Wert legte der Autor dieser Beschreibung jedoch darauf, möglichst vollständig alle Rechtspositionen in und um Würzburg aufzuzählen, einschließlich Geleit, Schifffahrt, Zölle, Münze, Ungelt, von den Bürgern wie von den Juden zu leistende Steuern usw. Alle diese Rechte sind der Würzburger

[45] *Ibidem*, S. 155 ff.

[46] *Ibidem*, S. 161 ff.

Kirche «ratione tam ipsius Episcopatus, quam sui ducatus Franconiae appropriati veraciter et expresse»; sie beweisen das «verum fundamentale directum et in plerisque utile dominium» an der Stadt Würzburg, ihren Vorstädten und bis zu einer gewissen Grenze am Vorfeld der Stadt[47].

Wiederum werden Bistum und Herzogtum in einem Atemzug genannt. Doch die Pointe liegt in der Betonung der differenziert begriffenen Eigentumsherrschaft des Fürstbischofs. Für dessen Landstädte dürfen wir ein ähnliches Rechtsverständnis unterstellen. Aber für den ländlichen Raum fehlt eine solche Aussage. Hier gab es unterschiedliche geistliche und weltliche Herrschaftsträger und Untertanen, Ober- und Untereigentümer, deren rechtliche Beziehung zum Fürsten sicher nicht immer dieselbe gewesen ist und auch ganz fehlen mochte.

Was für ein Gebilde ist diese «Landesherrschaft» in den Köpfen der Zeitgenossen? Offenbar etwas, was in Grenzen zu denken ist, sich aber nicht als Fläche vorstellen lässt. Die Eigentumsherrschaft des Bistums ist präsent nur in Würzburg selbst mit den dort zusammengeballten weiteren Herrschaftsrechten und in zahlreichen – bei weitem nicht allen – Burgen und Landstädten der Diözese. Ferner gebietet der Fürstbischof über seine kirchlichen Gerichte. Doch nur auf die eidliche Bindung des Zentgrafen beschränkt ist lange Zeit sein Einfluss auf die weltlichen Zentgerichte. Im Übrigen begegnen uns in diesem flächendeckenden Netz der Gerichtsbarkeit außerhalb der Hauptstadt viele *domini terrae* in gewichtigeren Positionen. Geistliche und weltliche Rechte und ebenso *iurisdictio* und *dominium* überkreuzen sich also und bilden eine Gemengelage, die nicht mit einer Begrifflichkeit zu erfassen ist, die – wie «Landesherrschaft» – schon auf den neuzeitlichen Staat verweist. Das hier vorgeschlagene Bild übereinander gelagerter «Herrschaftsschichten» scheint mir zur Beschreibung der politischen Verhältnisse geistlicher Fürstentümer passender.

Ein offenbar anderes Herrschaftsverständnis begegnet in den weltlichen Territorien. Als sich die Pfalzgrafen Rudolf II. und Ruprecht I. einerseits, Kaiser Ludwig der Bayer andererseits 1329 im Vertrag von Pavia über die Aufteilung ihrer Herrschaftsgebiete, die Wahrnehmung des Königswahlrechts und das wechselseitige Erbfolgerecht einigten, bediente sich ihr Kanzleipersonal in dem nur deutschsprachigen Text einer Wortwahl, die wenig von abstrakten, gelehrten Rechtsbegriffen beeinflusst ist, dafür aber die gemeinten Objekte umso direkter benennt. Man habe «unser lant bi dem Rein, ze Baiern, ze Swaben und ze Österrich freuntlich und

[47] *Ibidem*, S. 161 f.

lieplich getailt», nämlich «di guot, di zuo der Pfalentz gehoerent», d.h. «puorg, stet, maercht, grafen, freyen, dienstmann, ritter, chnecht, land und laeut, und die vesten», worunter Burgen und Städte zu verstehen sind, deren Namen nun in einer langen Liste aufgeführt werden. Ebenso stellt der Text die Burgen und Städte Bayerns vor[48]. Das erinnert an die Aufzählung in der Handschrift aus Würzburg. Doch die Wittelsbacher versäumen nicht, nach dem Vorbild einer zeitgenössischen *traditio* durch eine umfangreiche Pertinenzformel zu verdeutlichen, dass auch der zwischen den Burgen und Städten gelegene Raum Gegenstand des Vertrages ist. Denn jeder soll seinen Teil innehaben

> «mit allem dem, daz zuo den selben vesten und guoten gehoert an leuten, an guoten, an gerichten, doerfern, weilaern, waelden, voersten, hoeltzern, wazzern, vischrein, wiltpan, strazzen, gelaiten, chirchsaetzen, manlehen, herscheften und lantgerichten und anders, swaz dazuo gehoert ... als ez von unsern vodern her chomen ist»[49].

Es ist eben «unser» Land. Wie bei der Übereignung eines bestimmten Objekts soll alles erfasst und nichts vergessen werden, was von den Voreltern ererbt worden und an die mehrfach erwähnten Erben ungeschmälert weiterzugeben ist, wie aus dem Verbot folgt, etwas zu verkaufen oder zu verpfänden[50]. Unverkennbar ist es der herrschaftlich begriffene Eigentumsgedanke, der hier die Feder führt und die unterschiedlichsten Rechte durch das gleiche Rechtsverhältnis zu charakterisieren versucht. Ein geistlicher Fürst konnte sein Amt so kaum verstehen, weil dessen Erblichkeit, die Pointe des Eigentums, nicht gegeben war.

Zwar lässt sich nicht leugnen, dass im Wege der Abstraktion auch Gemeinsamkeiten der Fürstenherrschaft festzustellen sind. Aber gerade in den Besonderheiten tritt das Herrschaftsverständnis der Zeitgenossen zutage. Generell wird man sagen dürfen, dass die geistlichen Fürsten sich eher als Inhaber einer Summe von Rechten und auf Zeit bestellte Treuhänder und «Hirten» denn als Eigentümer sahen, zumal nur ihnen mit der kirchlichen Gerichtsbarkeit auch ein spezifisches, das Verhalten der Untertanen lenkendes Herrschaftsinstrument zu Gebote stand. Dagegen lebte die weltliche Fürstenherrschaft geradezu von der Idee eines dynastischen Eigentums am Lande, das den nachfolgenden Generationen vererbt werden musste. Hier von «Herrschaftsschichten» zu sprechen, hat wenig Sinn. Die Jurisdiktionsrechte und das *dominium terrae* sind

[48] Vertrag von Pavia, bei H. RALL (Hrsg.), *Wittelsbacher Hausverträge des späten Mittelalters*, München 1987, S. 81-101, hier S. 82.

[49] *Ibidem*, S. 89 f.

[50] *Ibidem*, S. 92.

in den Herrschaftsräumen der großen weltlichen Dynasten in Bayern, Brandenburg und in den sächsischen Landen weitgehend in derselben Hand, und zwar des Fürsten, vereinigt. Diese Verschiedenartigkeit der «Landesherrschaften» aber hat ihren Grund in den wegweisenden Entscheidungen und Entwicklungen der Stauferzeit.

*Résumé*

L'IDEA DI SOVRANITÀ DEI SIGNORI TERRITORIALI TEDESCHI NEL TARDO MEDIOEVO

La ricerca storico-giuridica ha tentato a lungo di definire la posizione politica e costituzionale dei principi tedeschi nell'impero tardomedioevale facendo ricorso al concetto di «sovranità territoriale» (*Landesherrschaft*). Dietro a quest'impostazione del problema vi è evidentemente l'interesse per l'affermazione della statualità nella prima età moderna. Ma per cogliere davvero il pensiero giuridico dei protagonisti dell'epoca è necessario chiarire anzitutto la loro concezione della sovranità. Quest'ultima si modella fino alla fine del medioevo sulla politica costituzionale degli Hohenstaufen. Con la *lex Omnis* promulgata a Roncaglia (1158) si afferma il principio che l'imperatore non è solo una fonte del diritto: comincia a svilupparsi l'idea che anche il riconoscimento dei diritti sovrani e politici debba provenire e quindi essere legittimato dal potere imperiale. Già ai tempi dell'imperatore Federico I si riconosce che i prìncipi laici ed ecclesiastici sono titolari di diritti sovrani in virtù di un'investitura imperiale. Il significato di questa procedura di legittimazione sulla lunga durata si coglie bene se si pensa a quella prassi di elevazione delle contee a principati imperiali che inizia già nel XII secolo e prosegue fino alla fine del medioevo. Attraverso l'investitura colui che era conte trasferiva il suo allodio all'impero, per riaverlo indietro come feudo. In questo modo il nuovo principe otteneva, con il *dominium utile*, anche una posizione giuridica chiaramente definita: quella di signore di un feudo, che comprendeva un territorio e la sua popolazione, e di titolare di vari diritti sovrani. Così le due principali teorie costituzionali dell'età degli Hohenstaufen – quella di una legittimazione del principato da parte dell'impero e quella della fondazione di una sovranità principesca come una forma di proprietà – nei fatti si condizionarono e si sostennero reciprocamente.

Gli effetti di questa politica costituzionale si protrassero dal XIII secolo fino alla prima età moderna. Basti pensare, ai tempi dell'imperatore Federico II, alla costituzione dell'Ordine Teutonico, che avrebbe ottenuto in seguito in Prussia un dominio analogo a quello di un principato imperiale, e nello stesso tempo si sarebbe affermato come un reale 'proprietario' del territorio. Anche la ricostituzione del patrimonio imperiale ordinata in seguito da re Rodolfo d'Asburgo s'ispirava al concetto di proprietà della dottrina giuridica classica. E perfino il *privilegium maius* redatto su incarico di Rodolfo IV, duca d'Austria, nel XIV secolo, benché fosse un documento falsificato, dà conto di come l'investitura da parte dell'imperatore potesse essere congiunta con un diritto di proprietà assolutamente

incondizionato del principe sul territorio. Nonostante questo, i principi rimasero sempre incardinati nel sistema feudale dell'impero, e non solo loro. Per una serie di mutamenti avvenuti nell'ordinamento giudiziario nel corso dei secoli XIV e XV si affermò la prassi del conferimento da parte dell'imperatore del *Blutbann*, cioè del diritto di vita e di morte, anche a una pluralità di altri titolari di diritti sovrani minori, e persino ai cavalieri in ordine ai loro castelli e villaggi.

In conclusione, i contemporanei concepirono la sovranità dei principi come un potere politico che consisteva in una via di mezzo tra un diritto imperiale e un diritto di proprietà. Essi continuarono in ogni caso a distinguere fra prìncipi laici ed ecclesiastici in modo assai più netto di quanto non abbia riconosciuto ad oggi la ricerca storico-giuridica. Il principe ecclesiastico disponeva infatti della giurisdizione ecclesiastica, che comportava un controllo più specifico sui sudditi, ignoto ai prìncipi laici. Inoltre egli concepiva il proprio ufficio come un complesso unitario di diritti sovrani spirituali e politici e il proprio rapporto con l'imperatore come fondato sulla concessione dei diritti regali. Il principe laico conseguiva al contrario la sovranità per diritto di successione, e per questo motivo veniva per lui in primo piano piuttosto il concetto di proprietà. Casi esemplari dei due diversi tipi di principato sono il principato ecclesiastico di Würzburg e il ducato di Baviera.

*Traduzione di Lucia Bianchin*

# Progetti di riforma istituzionale: Milano nell'età di Luigi XII

di *Claudia Storti*

## 1. *Gli avvenimenti milanesi del settembre 1499 e i capitoli dell'Assemblea della Rosa*

«Questa impressa del re di Franza contra il stado di Milanno, come de sopra se pol legere, veramente andava molto prospera et non per potentia di gente che 'l avesse, che se avesse avuto altratante gente non haveria potuto conquistar tal ducato per forza, ma perché tutti li populi heranno sì mal contenti de questo tirano del signor Ludovico, che non vedevanno l'hora di poter cazarlo del stato, et aspectavanno questo campo francesse cum la bocha aperta, et quando si acostava ale terre et ale citade li andavanno in contra a quelle cum la palma in manno. Questa he comune natura di populi, che sempre apetissenno cosse nove et desideranno veder cosse nove. Forssi che quando haveranno gustato li modi et costumi di francessi se penteranno et chiameranno il suo signor piui de una volta, come potrà vedere quello che legerà questo libro»[1].

Così Girolamo Priuli narrava le vicende della resa del Ducato milanese nel settembre del 1499 di fronte all'avanzare degli eserciti alleati di Ludovico XII re dei Francesi e dei Veneziani. La caduta del «tiranno» Ludovico il Moro non sarebbe stata merito dal valore guerresco degli assalitori, ma del favore delle popolazioni lombarde che aspiravano soltanto a sottrarsi al giogo di un governo tirannico[2].

La preparazione di questo testo è stata possibile grazie alle ricerche svolte a Berkeley presso la Robbins Collection, School of Law (Boalt Hall) University of California, grazie all'invito del suo Direttore Laurent Mayali, Lloyd M. Robbins Professor of Law, al quale desidero esprimere la mia gratitudine.

[1] *I diarii di Girolamo Priuli [aa. 1499-1512]*, a cura di A. SEGRE (Raccolta degli storici italiani dal 1500 al 1800, t. XXIV, p. III), Città di Castello [1938-1941], p. 173 già citato da F. CATALANO, *La crisi politica e sociale di fronte al «barbaro»*, in *L'età sforzesca (1450-1500)*, in *Storia di Milano*, VII, Milano 1954, p. 503.

[2] I fatti del 1477, culminati con l'uccisione di Galeazzo Sforza (si veda, innanzitutto, B. CORIO, *Storia di Milano* riveduta e annotata da E. DE MAGRI, III, Milano 1855, pp. 302-313), avrebbero costituito un primo segnale di tale situazione, quantunque si ritenga che quegli episodi fossero dovuti anche a contrasti interni all'élite di Governo sulla collocazione del Ducato lombardo negli schieramenti di potere europeo. Una sintesi di tali questioni in R. FUBINI, *Milano tra Francia ed Impero. Situazione Interna, dipendenze*

La versione del Corio, un fedele della causa sforzesca, in merito alla complessità della lotta politica milanese di quel periodo e alle vicende militari è, in realtà, molto più variegata. Narra, ad esempio, che sarebbe stato lo stesso Ludovico, costretto ad abbandonare Milano per cercar di riorganizzare le difese nell'impossibilità immediata di resistere «a tanto impeto di stranieri ed interni nemici», a raccomandare ai Milanesi e ai comaschi di «sottoporsi ai comandi dei Francesi», in modo da evitare danni fino al suo rientro che egli prevedeva molto rapido[3]. È comunque interessante prendere nota del fatto che il Priuli giustificasse l'intervento dei Veneti a fianco dei Francesi quale sostegno all'insofferenza dei Lombardi verso il governo tirannico dello Sforza: era un messaggio trasmesso all'«opinione pubblica» internazionale del tempo, mentre con la forza delle armi e con il lavoro delle diplomazie si predisponevano nuovi assetti dell'equilibrio europeo[4].

Erano trascorsi tre giorni dall'abbandono di Milano da parte di Ludovico Sforza, quando Gian Giacomo Trivulzio, suo «capitalissimo» nemico[5], vi

*estere (secoli XIV -XVI)*, in di L. ARCANGELI (ed), *Milano e Luigi XII. Ricerche sul primo dominio francese in Lombardia (1499-1512)*, Milano 2002, pp. 143-146 e C. SHAW, *The Role of Milan in the Italian State System under Louis XII*, *ibidem*, pp. 25-37.

[3] Così il discorso tenuto da Ludovico Sforza a Como, lungo l'itinerario per raggiungere la corte imperiale in B. CORIO, *Storia di Milano*, III, cit., p. 695 e per la ricostruzione della prima conquista francese del Ducato, *ibidem*, pp. 683 ss. Sul Corio cfr. ora S. MESCHINI, *Uno storico umanista alla corte sforzesca: biografia di Bernardino Corio*, Milano 1995.

[4] L'alleanza tra Venezia, che si era impegnata a sostenere le pretese di Luigi XII sul ducato di Milano, e il re di Francia in *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420, jusqu'à la révolution de 1789* par MM. ISAMBERT, Avocat aux Conseils du Roi et à la Cour de Cassation, DUCRUSY, ancien Avocat à la Cour royale de Paris, ARMET, Avocat à la Cour royale, t. XI (1483-1514), Paris 1827, t. XI, Blois 15 aprile 1499, *Traité de paix et d'alliance offensive et défensive avec les Vénitiens.*

[5] L'espressione «capitalissimo suo nemico» in B. CORIO, *Storia di Milano*, III, cit., p. 680. Come ben noto, il milanese Gian Giacomo Trivulzio, uno dei più valorosi generali del tempo, si era messo al servizio dei re di Francia fin dal 1494 ed ebbe un *cursus honorum* rapidissimo: nel 1496 entrò nel *conseil du roi*, nel 1499 fu nominato maresciallo e divenne consulente di Luigi XII per le questioni italiane. Luigi XII gli confermò con lettere patenti a Senlis nel giugno 1498 la concessione risalente al mese di febbraio e al 16 novembre del 1496 della castellania di Loir (*Ordonnances des roys de France de la troisième race, recueillies par ordre chronologique*, vol. XXI, *contenant les ordonnances rendues depuis le moi de mai 1497 jusqu 'au mois de novembre 1514*, par J.M. PARDESSUS, membre de l'Institut de France Académie des inscriptions et belles lettres, Paris 1849, c. 43 e cfr. la nota del Pardessus, *ibidem*, *Lettres patentes à Jean Jacques Trivulce la chatellanie, terre et seigneurie du chateau du Loir*). Il 17 dicembre 1500 il Trivulzio sarà autorizzato a fare uno scambio con Pierre de Rohan e ad ottenere terre nel Milanese. Sulla vita, le opere e la personalità di Gian Giacomo Trivulzio cfr., anche per i riferimenti bibliografici, L. ARCANGELI, *Gian*

fece ingresso in nome del re di Francia e nel duplice ruolo di luogotenente del re e di capo della fazione guelfa cittadina[6].

Nel frattempo, però, a Milano erano già state predisposte le clausole di una proposta di resa al re di Francia che offrono l'opportunità di svolgere qualche riflessione su una speciale concezione dell'autonomia nel diritto pubblico interno e nei rapporti *inter nationes* all'inizio del XVI secolo. La proposta dei Milanesi tendeva, da un lato, a riaffermare i principi dell'autonomia, che avevano sorretto la costituzione della Repubblica Ambrosiana alla morte di Filippo Maria Visconti, all'insegna di «fare consiglio generale fra lor et de proponere et invocare la libertade»[7]; dall'altro, ad impostare il rapporto con la monarchia francese sul modello dell'istituto dell'*adherentia* – un'alleanza tra soggetti di 'diritto pubblico' diseguali – che era stato messo a punto da molti autori italiani dell'età d'oro del diritto comune e che poteva apparire non del tutto 'chimerica' se si consideravano i precedenti dei recenti 'trattati' appena conclusi dai re di Francia con la Provenza e con la Bretagna[8].

*Giacomo Trivulzio marchese di Vigevano e il governo francese in Lombardia (1499-1518)*, in G. CHITTOLINI (ed), *Vigevano e i territori circostanti alla fine del Medioevo*, Milano 1997, pp. 15-80, qui pp. 22-25; S. MESCHINI, *Il luogotenente del Milanese all'epoca di Luigi XII*, in *Milano e Luigi XII. Ricerche*, cit., pp. 39-57; L. ARCANGELI, *Gian Giacomo Trivulzio marchese di Vigevano e il governo francese nello Stato di Milano (1499-1518)*, in L. ARCANGELI, *Gentiluomini di Lombardia. Ricerche sull'aristocrazia padana nel Rinascimento*, Milano 2003, pp. 3-67, e, della stessa autrice, *Carriere militari dell'aristocrazia padana nelle guerre d'Italia, ibidem*, pp. 71-121; S. MESCHINI, *La Francia nel Ducato di Milano*, I, pp. 57-58.

6 S. MESCHINI, *Il luogotenente*, cit., in particolare p. 41 e con riguardo alle 'fazioni' tra Quattro e Cinquecento, anche per i riferimenti bibliografici, L. ARCANGELI, *Gian Giacomo Trivulzio marchese di Vigevano*, cit., pp. 41-48, e, della stessa autrice, *Aggregazioni fazionarie e identità cittadina nello stato di Milano (fine XV - inizio XVI secolo)*, in L. ARCANGELI, *Gentiluomini di Lombardia*, pp. 365-419; cfr., inoltre, l'interessante analisi relativa al periodo visconteo-sforzesco: M. DELLA MISERICORDIA, *La coda dei gentiluomini. Fazioni, mediazione politica, clientelismo nella montagna lombarda durante il dominio sforzesco (XV secolo)*, in M. GENTILE (ed), *Guelfi e ghibellini nell'Italia del Rinascimento*, a cura di Roma 2005, pp. 275-389; M. GENTILE, *Bartolo in pratica: appunti su identità politica e procedura giudiziaria nel Ducato di Milano alla fine del Quattrocento*, in «Rivista Internazionale di Diritto Comune», 18, 2007, pp. 231-251.

7 Così si stavano organizzando i Milanesi nell'imminenza della morte del Duca, secondo quanto riferito a Francesco Sforza. Rinvio, anche per i riferimenti bibliografici, a F. COGNASSO, *La Repubblica di Sant'Ambrogio*, in *Storia di Milano*, cit., VI, pp. 383 ss., in particolare p. 396 e ora, anche per i riferimenti bibliografici, N. COVINI (ed), *Il libro di ricordi di Bartolomeo Morone, giureconsulto milanese (1412-1455)*, Milano 2010, in particolare pp. 39 ss.

8 I termini della proposta si trovano in M. SANUDO, *I diarii*, Venezia 1879, rist. anast. Bologna 1969, II, coll. 1302-1304 e in L.G. PELISSIER, *Documents pour servir à l'histoire*

Il vorticoso succedersi degli avvenimenti in Milano dalla fine di agosto del fatidico 1499 è stato approfonditamente ricostruito dalla critica sto-

*de la domination française dans le Milanais (1499-1513)*, (Bibliothèque Meridionale, 2 s., t. I) Touluse 189, II: *Privilèges demandés à Louis XII par la comune de Milan*, pp. 3-5 e cfr. anche G. PRIULI, *I diarii* [nt. I], pp. 208-209. La paternità del testo sarebbe stata rivendicata da Gerolamo Morone, ma cfr. in proposito S. MESCHINI, *La Francia nel Ducato di Milano. La politica di Luigi XII (1499-1512)*, I, Milano 2006, p. 68 e nota 55. La particolarità dei capitoli milanesi risulta evidente dal confronto con le petizioni dei Pavesi. A Pavia, fin dall'8 settembre, tramite Gian Giacomo Trivulzio, Ludovico XII aveva inviato lettere nella certezza della fedeltà della città che, memore del suo ruolo di capitale del Regno d'Italia fondato da Carlo Magno e retto dagli illustri antenati del re di Francia, si era finalmente liberata dalle vessazioni della tirannide (JACOBI SACCI papiensis, *Volumen* [Copia di decreti ducali secc. XIV-XV], ms in Pavia, Biblioteca Civica Bonetta, ms A. III. 30, n. 438, *Dilecti fideles nostri*, c. 265r). Le richieste dei Pavesi tesero essenzialmente ad ottenere il riconoscimento della loro separazione da Milano, la dipendenza diretta («immediate») dal re, esercitata da un luogotenente titolare delle prerogative «reservata» alla sovranità, e un proprio Senato (*ibidem*, n. 439, *Infrascripta sunt pacta et conventiones que per magnificam et excelsam comunitatem civitatis Papie petuntur humiliter per serenissimum et Xhristianissimum regem franchorum comunitati concedi*, cc. 265v-268r, in particolare c. 266v, *Item quod sacra eius mayestas*). La conferma della volontà della 'separazione' da Milano fu rinnovata allorché, costretti a recarsi a Milano per prestare giuramento al re e in consiglio generale, i Pavesi tennero a specificare che questo atto non avrebbe comportato alcuna deroga né sottomissione ai Milanesi e al Ducato, *ibidem*, n. 440, *Mandatum speciale factum per magnificam comunitatem Papie ad iurandum fidelitatem in manibus Cristianissimi regis Franchorum*, cc. 268v-270r, in particolare cc. 268v-269r). Sulle petizioni di Pavia al re di Francia cfr. E. ROVEDA, *Le istituzioni e la società in età visconteo- sforzesca* in *Storia di Pavia*, III: *Dal libero comune alla fina del Principato indipendente 1024-1535*, I: *Società, istituzioni, religione nella età del Comune e della Signoria*, Pavia 1992, pp. 54-116, in particolare p. 106. Sulla «separazione» cfr. G. CHITTOLINI, *Le «terre separate» nel ducato di Milano in età sforzesca*, in *Milano nell'età di Ludovico il Moro*, Atti del convegno, pp. 115-123; dello stesso autore si vedano: *Legislazione statutaria e autonomie nella pianura bergamasca*, in *Statuti rurali e statuti di valle(secc. XIII-XVIII). La provincia di Bergamo*, Atti del convegno, a cura di M. CORTESI, Bergamo 1984, pp. 93-114; *«Quasi-città». Borghi e terre in area lombarda nel tardo medioevo*, in «Società e storia», 47, 1990, pp. 1-26; *A proposito di statuti e copiaticci, jus proprium e autonomia, Qualche nota sulle statuizioni delle comunità non urbane nel tardo medioevo lombardo*, in *Dal dedalo statutario*, Atti del convegno, in «Archivio Storico Ticinese», 32, 118, 1995, p. 180 e cfr. anche pp. 177 e 183; *Città, comunità e feudi negli Stati dell'Italia centro-settentrionale (secoli XIV-XVI)*, Milano 1996, in particolare pp. 61-83; *Note sugli «spazi lacuali» nell'organizzazione territoriale lombarda alla fine del Medioevo*, in G. CHITTOLINI - G. PETTI BALBI - G. VITOLO (edd), *Città e territori nell'Italia del Medioevo. Studi in onore di Gabriella Rossetti*, Napoli 2007, pp. 75-94; *Centri minori del territorio: terre separate, piccole città*, in G. CHITTOLINI (ed), *Il Quattrocento: Cremona nel Ducato di Milano (1395-1535)*, Azzano San Paolo (Bergamo) 2008, in particolare pp. 67-70; G.M. VARANINI, *Saggio introduttivo* a *La tradizione statutaria della Valle Brembana nel Tre-Quattrocento e lo statuto della Valle Brembana superiore del 1468*, in M. CORTESI (ed), *Gli statuti della Valle Brembana Superiore del 1468* (Provincia di Bergamo Assessorato alla Cultura. Centro Documentazione Beni Culturali), Bergamo 1994, pp. 16-17;

rica nelle sue linee generali[9], mentre le informazioni raccolte a Venezia e registrate da Marin Sanudo aggiungono qualche particolare proprio su Gian Giacomo Trivulzio e sui capitoli della Rosa sui quali si intende soffermarsi. Prima di allontanarsi dalla città, Ludovico Sforza aveva affidato il governo provvisorio del Ducato a quattro membri del Consiglio Segreto: al ghibellino Gerolamo Landriani, al guelfo, vescovo di Como, Antonio Trivulzio cugino di Gian Giacomo e futuro membro del Senato, a Francesco Bernardino Visconti, che pure entrerà nel nuovo Senato, e all'arcivescovo di Bari Giovan Giacomo Castiglioni, che era stato lettore nello studio di Pavia nel 1486[10]. Costoro avevano cooptato a loro volta altri cittadini, alcuni dei quali già membri del consiglio di giustizia o del consiglio segreto. Tra costoro era Ambrogio del Maino, un ghibellino membro del consiglio segreto fin dal 1493, fratello del grande Giasone docente di diritto a Pavia, che nel 1500 sarà promotore della rivolta antifrancese. Come ha rilevato da ultimo Stefano Meschini, diverse anime della città erano rappresentate nel Governo provvisorio e ben distanti tra loro erano gli intenti dei diversi 'partiti'. Alcuni pensavano alla restaurazione della Repubblica Ambrosiana, altri più genericamente a forme repubblicane di governo, altri ad un governo del figlio di Gian Galeazzo Maria Sforza il cui diritto ereditario era stato usurpato da Ludovico il Moro, altri ad un governo diretto del Trivulzio[11].

Tra il 5 e il 6 settembre le consultazioni tra Gian Giacomo Trivulzio e i «cittadini», quei membri del governo provvisorio che il 5, come rilevato, avevano redatto le loro condizioni per la consegna della città ai Francesi, furono, come sembra, frenetiche: «Milan non vol francesi dentro, ma solo intri misier Zuam Jacomo». Non si voleva che l'accampamento francese,

C. STORTI, *Consuetudini e statuti: un itinerario sul fondamento delle autonomie tra prassi e scienza giuridica nella Lombardia nord-occidentale tra Verbano e Valsesia*, in F. FERRI, *Gli statuti del Verbano*, Atti del convegno, Varese 2007, pp. 27-86, in particolare, pp. 50-57.

9 Per una dettagliata analisi delle vicende milanesi di quei giorni: G.P. BOGNETTI, *La città sotto i Francesi*, in *Storia di Milano*, cit., VIII, pp. 3-31, in particolare pp. 14-16 e S. MESCHINI, *La Francia nel Ducato di Milano*, cit., pp. 61-64. In generale, e, anche per i riferimenti bibliografici, L. ARCANGELI, *Ludovico tiranno?*, in *Gentiluomini di Lombardia*, cit., pp. 123-148 e S. MESCHINI, *Luigi XII duca di Milano, gli uomini e le istituzioni del primo dominio francese (1499-1512)*, Milano 2004.

10 Il Sanudo pubblica due elenchi, uno di dodici membri (M. SANUDO, *I diarii*, II, cit., coll. 1255-1256) e un altro di diciassette, che a loro volta avrebbero cooptato altri tredici personalità delle quali non gli erano noti i nomi. I trenta si sarebbero costituiti «in consilio come gubernatori» (*ibidem*, col. 1304).

11 S. MESCHINI, *La Francia nel Ducato di Milano*, I, cit., pp. 63-65.

che il 5 era stato costituito a Binasco a dieci miglia dalla città, si avvicinasse[12]. L'«accordo» era che egli entrasse in città senza i «franzesi»[13]. Entrò, infatti, il 7 settembre, secondo alcune informazioni, trionfalmente da Porta Ticinese, dove gli sarebbero state consegnate le chiavi della porta *nomine regis*[14]; secondo altre, disarmato e acclamato dal popolo, al suono delle campane e con grandi festeggiamenti[15] e, nell'occasione, sarebbe stato inviato un ambasciatore al re di Francia per offrirgli un censo annuo di 50.000 ducati. Secondo il rapporto di un frate dell'ordine de' Servi, invece, in cambio della «libertà», l'offerta dei Milanesi, che comunque avevano sostituito sul castello le insegne imperiali e sforzesche con quelle francesi (la croce bianca), sarebbe ammontata a 100.000 ducati annui, quella appunto che, come si vedrà, si legge nei capitoli del 5 settembre[16]. L'8 settembre Gian Giacomo emanò una «crida» che vietava ai suoi di entrare in Milano con le armi, mentre iniziavano le trattative con il governo che gli chiedeva di recuperare tutti «li lochi» che erano appartenuti al Ducato e di abbattere il castello di Porta Giovia, senza che lui potesse impegnarsi né sul primo punto (dato che Cremona era stata promessa nelle trattative della Lega tra il re di Francia, Venezia e il Pontefice a Venezia), né sul secondo, al quale sembra non avesse dato risposta[17].

Le reazioni contro l'atteggiamento quantomeno esitante del Trivulzio non tardarono a manifestarsi: tra il 10 e l'11 egli ebbe, infatti, a lamentarsi con il legato veneto a Milano, Giovanni Dolci, che i Ghibellini stavano alimentando l'«odio» del popolo nei suoi confronti nel timore che egli non avesse intenzione di presentare e far approvare dal re i capitoli proposti dai Milanesi, malgrado lui desse rassicurazioni in proposito: «misier Zuan Jacomo li havia ditto questi Gebelini mi mete in odio con

[12] M. SANUDO, *I diarii*, II, cit., col. 1262 e, in generale, S. MESCHINI, *La Francia nel Ducato di Milano*, I, cit., pp. 67-68.

[13] M. SANUDO, *I diarii*, II, cit., col. 1263.

[14] *Ibidem*, coll. 1263-1264.

[15] *Ibidem*, col. 1268.

[16] *Ibidem*, coll. 1267-1268.

[17] *Ibidem*, col. 1274 (così riferiva ser Giovanni Antonio Dandolo da Caravaggio). Le trattative per l'atto di dedizione di Cremona ai Veneziani erano in corso, come si rileva dai capitoli presentati ai Gran Consiglio di Venezia che il 9 settembre rispose in maniera poco soddisfacente per i Cremonesi (*ibidem*, coll. 1280-1286). L'11 settembre, infatti, Cremona «è mal disposta et non contenta di capitoli fati». Il governo milanese era pronto a finanziare la resistenza dei cremonesi contro i Veneziani e cfr. L. ARCANGELI, *La città nelle guerre d'Italia (1494-1535),* in *Il Quattrocento*, cit., in particolare pp. 53-54.

questo popolo, per li capitoli non vojo far, etiam con la maestà dil re li farò»[18]. Ed in effetti, dell'invio di tali capitoli una traccia c'è, anche se non sembra che avessero sollevato interesse o reazioni: «manda certi capitoli che Milanesi voleno otenir da la maestà dil re di Franza, anti da bon loco, quali non molta paja dentro»[19].

In che cosa consistevano questi capitoli? Due giorni prima dell'ingresso di Gian Giacomo Trivulzio, come si è accennato, il 5 settembre 1499, nell'Assemblea, riunita presso la «cassina della Rosa dove si predica dai frati di s. Domenico», degli *electi patricii et popolo* era stato deliberato un *sommario di capitoli rechiesti per la città di Milano al christianissimo Signor Re di Franza*[20].

Le richieste al Re riguardavano la città non soltanto come comunità locale, ma anche come capitale dello «Stato». Milano, a nome di «tutto il stato» già appartenuto a Giovanni Galeazzo VI e a Ludovico Sforza ma con l'eccezione di Genova, si impegnava a riconoscere la sovranità del Re nella forma della «fedeltà ed omagio» prestati da «veri e liali servitori». In secondo luogo, si obbligava al pagamento di un censo annuo, in cambio del quale il re avrebbe dovuto astenersi da qualsiasi ingerenza negli affari interni[21]. I Milanesi si riservavano, infatti, di eleggere «il suo conseio et parlamento» che avrebbe avuto il potere esclusivo di decidere « tutte le cosse del stado»[22].

Le funzioni del *conseio et parlamento* – espressione che richiamava le due distinte istituzioni francesi del *Grand Conseil* e dei *Parlements* – dipendevano dalla titolarità esclusiva (secondo propri criteri e senza intromissioni da parte del Re) del potere impositivo e fiscale («gravezze, dacii e gabelle et imposizione ordinarie et extraordinarie»), dei poteri giurisdizionali su tutto lo Stato, come espresso dalla formula secondo la quale tale organo avrebbe dovuto decidere su qualsiasi tipo di ricorso e

[18] M. SANUDO, *I diari*, col. 1294. Che il termine *populus* comprendesse tutti gli *status* era stato, comunque, ad esempio sostenuto da Angelo degli Ubaldi (ANGELI UBALDI, *In I atque II Digesti veteris partem commentarium*, Venetiis 1580, n. 6, c. 6r).

[19] M. SANUDO, *I diarii*, II, cit., col. 1302.

[20] B. CORIO, *Storia di Milano*, III, cit., p. 691.

[21] L.G. PELISSIER, *Documents*, cit.: «Che ditta cità e stato daranno quale censo annuale a la Serenissima Majestà et ultra quo lei non se impazerà de altro» (p. 3).

[22] *Ibidem*: «Che Milanesi elegirano da loro il suo conseio et parlamento nel quale tractara tutte le cosse del stado, e che quella Regia Maestà no se impazi ne innovi altro» (p. 3).

di appello in ultimo grado avverso le decisioni di qualsiasi magistratura dell'antico Ducato[23], nonché, come si vedrà oltre, del potere normativo.

Da un lato, dunque, sotto il profilo fiscale, il consiglio e parlamento dello Stato di Milano avrebbe riassunto tutte le funzioni che erano spettate ai consigli comunali fino a che gli uffici ducali non li avevano esautorati, funzioni che, contemporaneamente, in Francia, erano svolte dalle assemblee degli stati[24]. Dall'altro, era ammesso riconoscere contro qualsiasi sentenza soltanto al Parlamento con sede in Milano, per porre un freno alle avocazioni da parte del Governo e alle deleghe (o commissioni) a giudici straordinari, che fin dalle origini della signoria viscontea (e successivamente con l'istituzione dei consigli segreto e di giustizia) erano state considerate un'indebita intromissione del Governo negli affari di giustizia. Se la richiesta fosse stata accolta, tale concessione avrebbe potuto corrispondere alle riforme appena attuate in Francia da Luigi XII sia in generale sia, specificamente, in Bretagna, mentre già anche in Lombardia si erano avuti precedenti al riguardo[25]. Come rileverà qualche anno più tardi il Montaigne, all'organo indicato con la locuzione consiglio e parlamento erano assegnate molteplici funzioni: i due termini cumulavano, infatti, quanto era attribuito dai Francesi rispettivamente all'assemblea degli stati e ai parlamenti e dagli Italiani al *consilium* (*consilium et parlamentum*)[26].

Il re non avrebbe dovuto intromettersi né nell'assegnazione di «officii et magistrati»[27], come accordato alla Bretagna[28], né nella riforma di statuti e

[23] *Ibidem*: «e se alcuni de la cità o subditi se volessero gravare o appellare di le sententie altramente, non possino andare altrove che al dito parlamento de Milano de la sententia del quale non si possino appellare» (p. 4).

[24] Cfr. in proposito *infra*, nota 53.

[25] Ho svolto alcune considerazioni sui problemi della giustizia in età viscontea e sforzesca in *Giudici e giuristi nelle riforme viscontee del processo civile per Milano (1330-1386)*, ora in *Scritti sugli statuti lombardi* (Università degli Studi dell'Insubria, Facoltà di Giurisprudenza, 29), Milano 2007, pp. 271-402 e in «acciò che le cause passino più consultamente e con minor rechiamo», ora *ibidem*, pp. 487-512 e ad essi rinvio anche per i referimenti bibliografici.

[26] Cfr. anche *infra*, § 3.

[27] L.G. PELISSIER, *Documents*, cit., pp. 3-4. Gli uffici già «comprati», se non rimborsati, avrebbero dovuto essere portati a termine (cfr. ult. clausola p. 5). Solo il Parlamento, e non il re avrebbe avuto, inoltre, competenza nell'assegnazione dei benefici ecclesiastici: «Che tuti li beneficii ecclesiastici se dagano per dicto parlamento a chi li parerà, avendo perhò le bolle apostoliche, senza che la Regia Maestà se ne impazi» (p. 4).

[28] Cfr. *infra*, § 3.

decreti. Le delibere del Parlamento sarebbero state valide senza approvazione superiore «et dicti ordini siano validi»[29], secondo quanto una parte della dottrina lombarda continuava a sostenere[30].

Il re non avrebbe nemmeno avuto facoltà di disporre dello Stato milanese a favore di altri sovrani in caso di morte senza legittima discendenza maschile «che la non possa lassar Milano e lo stato ad altri, ma lassarlo in libertà»[31]. Una clausola analoga era stata prevista in occasione dell'acquisto della Provenza da parte di Carlo VIII[32].

Il re avrebbe, però, dovuto accorrere in difesa di Milano e dello Stato «a proprie spese» e con soldati sufficienti «se fosse bisogno o fosse mossa guerra». I Milanesi escludevano invece che la loro alleanza fosse di carattere offensivo e, almeno dal punto di vista formale, non riconoscevano alcun impegno a fianco del re qualora l'iniziativa di una guerra fosse stata da lui assunta; concessione analoga, come si avrà modo di rilevare, era stata appena fatta alla Bretagna[33].

Al presente, i militi e appartenenti all'esercito del Ducato avrebbero avuto piena libertà[34], mentre le truppe francesi avrebbero dovuto acquartierarsi fuori dalla città ad una distanza minima di dieci miglia[35].

Ai mercanti milanesi avrebbe dovuto essere assicurata in Francia la parità di trattamento con i mercanti francesi[36].

[29] L.G. PELISSIER, *Documents*, cit.: «Per che la cita de Milano ha bisogno de reformar statuti e decreti, che dicto parlamento possi elezer che li parera ad questo, e dicti ordini siano validi» (p. 5).

[30] Cfr. *infra*, § 2.

[31] «Se l'accadesse che la Regia Maestà morisse (quod Deus avertat senza fioli legiptimi maschi, che la non possa lassar Milano e lo stato ad altri, ma lassarlo in libertà» (p. 5).

[32] Quanto alla Provenza cfr. *infra*, note 62 ss. e alla Bretagna cfr. *infra*, note 70 ss.

[33] L.G. PELISSIER, *Documents*, cit.: «Se la cità de Milano o stato occorresse bisogno e li fosse mosso guerra o altramente, la Sua Maestà a sue proprie spese sia obbligata defensarlo e mandarli quelle gente d'arme bisognerà» (p. 4) e cfr. per i precedenti della Bretagna, oltre testo corrispondente a note 71-73.

[34] *Ibidem*, «Che tutti i fanti a piedi e gente a cavallo, soldati o altramente possino liberamente stare a caxa sua et andare dove li parerà senza offesa alguna» (p. 4).

[35] *Ibidem*: «Che niun gendarme francese non possi per hora ne in lo advenire per tempo alcuno alozar in Milano ne in lo destreto apresso la città dece mia» (p. 5).

[36] *Ibidem*: «Che tutti li Milanesi dil stado siano ben tratadi in Franza et habino quello bono trattamento che hano li mercadanti da Lione e queli che sono de la Maestà sua meglio tratadi» (p. 4).

Non si può dire che i Milanesi avessero posto un piccolo prezzo alla loro resa e dichiarazione di 'amicizia' e fedeltà, né un piccolo contraccambio al tributo che si impegnavano ad elargire al re. Quali aspettative avevano i Milanesi che le loro proposte potessero essere prese in considerazione dal Re e approvate?

## 2. *La dottrina di diritto comune sui rapporti «inter gentes» e sulle autonomie*

Il progetto istituzionale configurato dalle clausole esaminate – altri capitoli riguardavano, invece, questioni di diritto transitorio come l'abbattimento delle fortezze, i processi pendenti, il trattamento dei prigionieri e dei carcerati, il futuro alloggiamento di Gian Giacomo Trivulzio – poteva trovare sostegno nell'elaborazione della dottrina giuridica e corrispondeva in alcuni *desiderata* ad aspirazioni già emerse – e talora anche soddisfatte – sia all'inizio del secolo, al tempo della ricostituzione del Ducato in seguito all'improvvisa morte di Gian Galeazzo, sia una cinquantina d'anni più tardi durante la costruzione del regime di Francesco Sforza[37].

Come appena rilevato, le concessioni alla potestà regia consistevano, in sostanza, nel riconoscimento della sovranità garantito dal gettito di un tributo annuo e nella dipendenza dal punto di vista dei rapporti internazionali, implicita nell'impegno di fedeltà e di lealtà. Il principale intento dei Milanesi era, ad evidenza, quello di conservare, nel diritto 'interno', il controllo politico ed amministrativo del Ducato con la più completa autonomia normativa, giudiziaria e fiscale, in quello esterno o 'internazionale', la sopravvivenza del Ducato quale, si potrebbe dire, soggetto 'pubblico' o *natio*. Sotto questo profilo, si rafforza dunque l'impressione, desumibile dalle formule utilizzate per la redazione dei capitoli, che la proposta non consistesse nella mera richiesta di un 'privilegio', ma nella sottoposizione al re di un vero e proprio trattato. Quel che i Milanesi avevano in mente, in altre parole, era probabilmente un trattato di amicizia, nella forma particolare dei trattati di adesione, ben noti alla dottrina e alla prassi del tempo e generalmente utilizzati per assicurare ad un

[37] G. CHITTOLINI, *I capitoli di dedizione delle comunità lombarde a Francesco Sforza: motivi di contrasto fra città e contado,* in *Felix olim Lombardia. Studi di storia padana dedicati dagli allievi a Giuseppe Martini*, Milano 1978, pp. 673-693; cfr. inoltre l'esempio della Valsesia che aveva ottenuto da Filippo Maria Visconti l'esclusiva giurisdizione d'appello esercitata da giudici eletti dal Consiglio generale della Valle (C. STORTI, *Consuetudini e statuti*, cit., in particolare pp. 56-57).

potere sovrano o comunque ad un'autorità di rango superiore l'alleanza (*adhaerentia*) di un ordinamento di rango inferiore.

Come accennato, tale ipotesi pare confortata anche dalle clausole nelle quali il riconoscimento della *maiestas* di Ludovico XII non escludeva, nel diritto interno, la rivendicazione dell'assoluto potere normativo del Parlamento le cui delibere avrebbero potuto avere validità ed efficacia senza approvazione del Sovrano[38]. Dopo che Bartolo aveva denunciato tutte le ambiguità insite nel termine di *adhaerentes*[39], secondo Ludovico Romano Pontano[40] e, in aggiunta secondo Baldo, l'obbligo per una delle parti di rispettare la sovranità dell'altra era compatibile con la clausola che, con il garantire al contraente 'inferiore' la conservazione delle proprie leggi, assicurava la piena parità giuridica tra le parti, la loro 'uguaglianza', malgrado la disparità nella loro forza effettiva. Tale accordo equivaleva, dunque, a tutti gli effetti, a un trattato di alleanza o di adesione: la parte o le parti che riconoscevano la supremazia dell'altro contraente non perdevano la loro qualità di soggetti liberi ed indipendenti. In un *consilium* Baldo aveva sostenuto, altresì, che un trattato di *adherentia simplex* non conferiva *iurisdictio* al contraente che riceveva l'adesione, a meno che le clausole del trattato rivelassero esplicitamente (*expresse*) la volontà del confederato di rinunciare, pregiudicando i propri interessi, alla propria libertà e di sottoporsi «iurisdictioni maiestatis alterius»[41]. Su questo punto, fu soprattutto la dottrina del Cinquecento che sviluppò soluzioni differenti[42].

[38] L.G. Pelissier, *Documents*, cit.: «Per che la cita de Milano ha bisogno de reformar statuti e decreti, che dicto parlamento possi elezer che li parera ad questo, e dicti ordini siano validi» (p. 5).

[39] *Consilia, quaestiones, tractatus*, in *Opera*, Venetiis, apud Iuntas, 1590, t. VI, cons. XXIII, c. 59: «Et hoc est utile pro capitulis pacis quae quotidie inter civitates vertuntur. Nam una alteri & altera alteri promittit non offendere civitatem nec suos adhaerentes. Intelliguntur autem adhaerentes subditi & illi qui sponte sunt eiusdem velle cuius est ipsa civitas».

[40] *Consilia sive responsa Ludovici Romani*, Lugduni, Claudius Servarius, 1565, cons. 417, coll. 236v-239r.

[41] Baldi Ubaldi *Consiliorum sive responsorum volumen quintum*, Venetiis 1585, cons. 506, cc. 135v-136r, in particolare n. 5. Per quanto riguarda, in tempi successivi, il Ducato mediceo: L. Mannori, *Il sovrano tutore. Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici* (Per la storia del pensiero giuridico moderno, 54), Milano 1994, pp. 37-57.

[42] Ho svolto talune considerazioni in proposito in *Foedus amicitia e societas: Alberico Gentili fra tradizione e innovazione*, in *Alberico Gentili (San Ginesio 1552 - Londra 1608)*. Atti dei convegni, Milano 2010, II, pp. 333-376.

Tale considerazione consente di dare una luce particolare anche alla petizione di conservare l'autonomia legislativa dello 'stato'. Occorre, svolgere, infatti, un'ulteriore osservazione che concerne la scelta particolarmente 'sapiente' della formulazione e della disposizione delle clausole. La richiesta al re di rinunciare a qualsiasi ingerenza in campo normativo (nella specie, nella riforma di statuti e decreti) era, infatti, contestuale a quella di non intromettersi né nell'organizzazione degli uffici pubblici, né nella nomina di «officii et magistrati»[43]. Il legame formale, la contestualità delle due richieste potrebbe, a sua volta, non essere stata casuale, ma anzi potrebbe essere stata predisposta alla luce dei caratteri del dibattito giuridico divampato, subito dopo la divulgazione della teoria della *iurisdictio* di Bartolo, in merito alla *potestas condendi statuta* dei *populi* e alla loro libertà di darsi leggi senza l'approvazione di un *superior*[44].

Alla teoria bartoliana si era rimproverato, in primo luogo, di non aver tenuto in conto che l'estensione del potere normativo di un *populus* era strettamente connessa con l'ampiezza della sua facoltà di nominare magistrati ed ufficiali, senza necessità, appunto, di approvazione superiore. In proposito, Angelo degli Ubaldi aveva distinto il «populus qui regitur per magistratos suos a se creatos» dal *populus* che era retto da magistrati nominati dal *princeps* o da *alius superior* come, ad esempio, un *rex*. Nel primo caso, il *populus* avrebbe potuto promulgare qualsiasi genere di legge del tutto liberamente e senza l'approvazione di alcun *superior*; nel secondo, invece, sarebbe stato libero di legiferare soltanto nelle materie che non fossero comprese nell'esercizio di poteri sovrani, cosa che escludeva, ad esempio, validità ed efficacia alla legislazione penale non sottoposta all'autorizzazione di un'autorità superiore[45].

Le teorie di Giason del Maino, onorato anche dal re di Francia nel suo soggiorno pavese, dovettero, inoltre, essere presenti ai membri dell'as-

[43] Cfr. *supra*, nota 27.

[44] Cfr. in particolare ALBERICI A ROSATE *Commentarium super prima parte Digesti veteris*, Lugduni 1545, Comm. super *Dig.* 1,1,9 (*De iustitia et iure, l. Omnes populi*), n. 3, c. 16r: «quemlibet populum imperio Romano subiectum posse sibi facere leges, et statuta, ... etiam sine confirmatione superioris: quia hic imperator hoc eis concedit, et confirmat et gl. supra allegata, *quod quisque iuris* l. 1. §1 [*Dig.* 2,2,1,1] licet dicat magistratus ius speciale condere posse, non prohibet populo hoc facere: sed haec lex sibi concedit» e cfr. D. QUAGLIONI, *«Civilis sapientia». Dottrine giuridiche e dottrine politiche fra medioevo e età moderna. Saggi per la storia del pensiero giuridico moderno*, Rimini 1989, pp. 35-75 e per l'edizione del frammento pp. 209-211. Qualche considerazione anche nel mio *Appunti in tema di «Potestas condendi statuta»*, ora in *Scritti sugli statuti lombardi*, pp. 115-138.

[45] ANGELI UBALDI cit., *Super Dig.* 1,1,9 (*De iustitia et iure, l. Omnes populi*, n. 5, c. 5v-6r.

semblea della Rosa, se non altro attraverso la *longa manus* del fratello[46]. Come si legge nella *repetitio* pavese alla *omnes popoli*, le sue opinioni erano molto vicine a quelle di Angelo. Sostenne che l'*intellectus* della *lex Praeses* consisteva nell'impedire che province e città metropolitane facessero leggi (*statuere*) senza l'assenso del *praeses provinciae* soltanto su materie che concernevano *l'interesse principis*[47]. Affermò, inoltre, che la validità dello statuto o della *constitutio* di un *populus* non dipendeva dal *consensus principis,* ma esclusivamente dall'autorità dei 'magistrati' e dal potere che la *lex Omnes populi,* appunto, riconosceva a ciascun ordinamento, secondo quanto in precedenza già sostenuto da Alberico da Rosciate e da Baldo[48]. In altre parole, ai fini di un esercizio valido ed efficace del potere legislativo era sufficiente «auctoritas proprii magistratus et licentia generalis quam habent per istam legem»[49]. Tale opinione era allora ovviamente destinata a rimanere minoritaria, mentre l'autonomia normativa dei Parlamenti francesi fu espressamente esclusa in quel torno d'anni dal Montaigne[50].

[46] L'episodio dell'incontro tra Giason de Maino e Ludovico XII, nei giorni della sua residenza a Pavia è ricordato anche da G.P. BOGNETTI, *La città sotto i Francesi*, cit., p. 21.

[47] IASONIS MAYNI *In Primam Digesti Veteris partem commentaria*, Venetiis 1590, *Comm. in* D. 1,1,9 (*De iustitia et iure, l. Omnes populi*), n. 33, c. 14a.

[48] BALDI UBALDI *In primam Digesti veteris partem commentaria*, Venetiis, Iuntas, 1599, in *Dig.* 1,1,9 (*De iustitia et iure, l. Omnes populi*), n. 5-6, f. 12 v-13r e in BALDI UBALDI *Decretalium volumen commentaria*, Venetiis 1595, *super I. Decretalium*, *De constitutionibus Rubrica*, n. 35, c. 9: «in constitutione populi non requiritur consensus principis sufficit authoritas proprii magistratus et licentia quam habent per legem omnes populi et hoc sive constitutio concernat iurisdictionem sive non». Il testo di Alberico è citato a nota 44.

[49] IASONIS MAYNI, *Comm. in Dig.* 1,1,9, n. 34 b, c. 14b.

[50] J. MONTAIGNE, *Tractatus celebris de auctoritate et preeminentia Sacri Magni Concilij et Parlamentorum Regni Francie ac de precedentia ipsorum editus una cu[m] amplissimis additionibus D. Nicolai Boerij ... concludentibus, necnon formam et ordinem standi et sedendi ... in Christianissimi Francorum et Italie regis consistorijs*, Parrhisijs [s.n., 1512?] e in *Tractatus Universi Iuris*, t. XVI, Venetiis 1586, cfr. in particolare con riguardo all'interpretazione della *lex Non ambigitur* (*Dig.* 1,3,9 *De legibus*) rispettivamente cc. 38v-39r e c. 274ra. Le prerogative del *Grand Conseil* erano proprio in quel tempo in via di consolidamento, con le riforme introdotte negli Stati generali del 1484, poi da Carlo VIII nel 1497 (*Edit sur l'organisation du Grand Conseil*, Charles VIII, au Donjon en Bourbonnais, 2 aout 1497, in *Ordonnances des roys de France*, cit., cc. 4-6), e, infine, da Luigi XII (A Paris, 13 juillet 1498 *Déclaration portant confirmation et réorganisation du Grand Conseil*, *ibidem*, cc. 56-58); cfr. sui consigli sovrani nell'epoca di Luigi XII: R. GUILLARD, avocat au Conseil du roy, *Histoire du Conseil du roy depuis le commencement de la monarchie, jusqu'à la fin du regne de Louis le Grand, par rapport à sa jurisdiction, avec un recueil d'arrests de ce tribunal, pour en connaitre la jurisprudence & pour servir*

Anche la rivendicazione dell'indipendenza dopo la morte senza discendenti legittimi del re e del diritto di non essere ceduti ad altri governanti – terzo punto, particolarmente sensibile, delle petizioni milanesi – trovava un suo ancoraggio in uno specifico filone dottrinale. Nella prassi del Ducato già si poteva fare riferimento alle contrattazioni e agli accordi tra i governi e le comunità e alle opinioni dei giuristi coinvolti quanto meno a partire da Paolo di Castro. Una delle autorità di riferimento, a questo proposito, non solo per Lombardia, ma anche per la Francia, era stato Baldo degli Ubaldi, con riguardo alla questione se ai sovrani fosse concesso compiere tali atti senza aver ottenuto il consenso dei sudditi, «invitis civibus»[51]. Come sosterranno in tempi successivi Bartolomé de las Casas ed Alberico Gentili, tali atti violavano un principio fondamentale del diritto delle genti[52].

*de préjugez sur differentes matieres*, Paris 1718; J.-M. PARDESSUS, *Essai historique sur l'organisation judiciaire et l'administration de la justice depuis Hugues Capet jusqu'a Louis XII*, Paris 1851, in particolare pp. 142-155; A. DE VIDAILLAN ancien maitre des requètes au conseil d'état, ancien Préfet, *Histoire des conseils du roi depuis l'origine de la monarchie jusqu'à nos jours*, Paris 1856, I. I, pp. 385-408; R. MOUSNIER, *Le conseil du roi; de Louis XII à la Révolution*, Paris 1970, in particolare pp. 5-20. Cfr. inoltre *Les notaires et secrétaires du roi sous les règnes de Louis XI, Charles VIII et Louis XII (1461-1515): notices personnelles et généalogies*, établies par A. LAPEYRE - R. SCHEURER, Paris 1978 (Collection de Documents inédits sur l'histoire de France).

[51] Il pensiero di Baldo secondo il quale il popolo, anche se soggetto alla monarchia, è libero (*In primam Digesti veteris partem commentaria*, cit., *Proemia Digestorum*) fu citato successivamente anche da Alberico Gentili cfr. *infra*, nota 52. La questione «Quaero: utrum rex Franciae possit alienare unam de civitatibus Regni, invitis civibus» fu citata da Jean Sauaron sieur de Villars, *Traité de la souveraineté du roy*, Paris 1680, p. 168 (che non ho potuto vedere) secondo P. VIOLLET, *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, III, Paris 1903, p. 224 e nota 3. Sul tema anche C. LE BRET, *De la souueraineté du roy, par messire Car. Le Bret, conseiller ordinaire de Sa Majesté en ses Conseils d'Estat et Priué*, Paris 1632, sul quale anche V.I. COMPARATO, *Cardin Le Bret: «royauté» e «ordre» nel pensiero di un consigliere del '600*, Firenze 1969. In Provenza, durante le accese trattative in merito alla individuazione dei delegati all'Assemblea degli Stati Generali di Tours del 1484, l'opinione, forse decisiva dell'abate di Citeaux, fu ispirata dal principio della «libertà naturale» di quel popolo (P. VIOLLET, *Histoire des institutions politiques*, cit., pp. 194-195) e *infra* testo corrispondente a nota 62 ss.

[52] BARTHOLOMAEI DE LAS CASAS *utrum Reges vel Principes iure aliquo vel titulo et salva conscientia cives ac subditos a Regia Corona alienare et alterius domini particularis ditioni subijcere possint*, Francofurti ad Moenum 1571, cfr. ad esempio, II, § 4 n. 4: «Populus eligendo Principem seu Regem libertatem suam non amisit nec potestatem commisit aut concessit gravandi se sibi violentiam inferendi aut aliquid alium in praeiudicium totius populi sive communitatis faciendi aut constituendi» (p. 15) e § 12 conclusio III, n. 1 pp. 23-33. Alberico Gentili nell'ampia esposizione riservata appunto alla questione dell'alienazione del popolo, sostiene che, a suo giudizio, più che sotto il profilo del diritto, essa

All'inizio del Cinquecento, alcuni aspetti delle teorie di Alberico da Rosciate erano ancora ripresi anche in Francia e, in particolare, nell'opera – non molto ricca di citazioni – di quel Montaigne, che nel 1510, integrato e corretto subito dopo da Nicolas Bohier, nell'intento di definire le prerogative del *Grand Conseil* e di dimostrarne il primato sui *Parlements* regionali[53], gettò un occhio anche sulle differenze tra tali organi francesi e i contemporanei parlamenti (*congregationes*) italiani o meglio, secondo la sua espressione, «transalpini sive italici et longobardi»[54].

## 3. *I precedenti francesi*

L'ardire di sottoporre al re di Francia le richieste formulate nell'Assemblea della Rosa – di per sé espressioni di un'aspirazione alla libertà e all'indipendenza cui una dottrina autorevole continuava ad offrire fondamento scientifico ed ideologico –, lungi dall'essere alimentato da illusione, poteva essere stato sostenuto, altresì, da alcuni 'precedenti' escogitati in Francia per porre termine alle controversie tra la monarchia e le regioni che resistevano all'aggregazione.

doveva essere affrontata in base ai principi della «ragion naturale» (ALBERICO GENTILI, *Il diritto di guerra (De iure belli libri III, 1598)*, *Introduzione* di D. QUAGLIONI, lib. III, cap. XV *del contenuto dei trattati e del duello*, pp. 543-546, in particolare p. 543 [611-612].

[53] Cfr., ad esempio, oltre ai riferimenti nel commento alla *lex Non ambigitur* (*supra*, nota 50), sul problema del rapporto tra *Grand Conseil* e Parlamenti ove l'autore francese evocava l'opinione di Alberico, appunto, Ludovico Romano, e Luca da Penne, con riguardo alla maggiore antichità (ed. 1512, c. 2v e TUI, XVI, c. 263). Tale opinione fu di lì a poco rigettata da Nicolas Bohier, che indicò uno dei principali motivi della preminenza del *regale consistorium* sui parlamenti, nella prerogativa attribuita a quest'ultimo di avocare cause dei parlamenti sia iniziate che pendenti, anche dopo la contestazione della lite (nn. 59-60, c. 272v). Qualsiasi atto dei giudici dopo l'avocazione era *irritum et inane* (c. 272va n. 60). Le *additiones* al Montaigne anche in NICOLAI BOERII *Decisionum Aurearum in Sacro Burdegalensi Senatu, olim discussarum*, Venetiis, 1586, pp. 884-94. Sulla vita e l'opera del Bohier: *Vita Nicolai Boerii JC. autore Johanne Alesmio, Regio Consiliario in amplissimo Senatu Burdegalensi*, in *Vitae clarissimorum J. Consultorum N. Boerii, G. Budaei, A. Augustini, A. Governi, F. Hottomanni, J. Cuiacii, B. Brissonii, J. Bertrandi, P. Pithoei, G. Panciroli*, ex recensione cum notis FRIDER. JAC. LEICKHERI, Lipsiae 1686, pp. 1-27. Per altri aspetti del successo secolare di alcuni temi del pensiero albericiano cfr. D. LUONGO, *Consensus gentium. Criteri di legittimazione dell'ordine giuridico moderno*, I: *Oltre il consenso metafisico*, Napoli 2007, pp. 21-22.

[54] J. MONTAIGNE, *Tractatus*, cit., rispettivamente p. 34 e cc. 272v-273r: «Tum quia illo termino non medones galli cisalpini verum et transalpini sive italici et longobardi utuntur, diversimode tamen franci namque supremam curiam parlamentum appellant».

Il primo è costituito dagli accordi stipulati sul finire del Quattrocento per l'unione della Provenza alla corona, il secondo riguarda le vicende della partecipazione dei rappresentanti della Borgogna e della Provenza agli Stati Generali convocati dopo la morte di Luigi XI, il terzo consiste nella cessione in dote della Bretagna a Luigi XII da parte della seconda moglie Anna. Anche altre questioni spinose e fondamentali – di fronte alle tendenze assolutistiche di quella monarchia e dopo i precedenti «rivoluzionari» della meta del Trecento[55] – erano state presentate, come ben noto, agli Stati Generali celebrati nel 1484 durante la minore età di Carlo VIII e potevano essere note ai Milanesi. Mi riferisco, in particolare, alle discussioni sul primato dell'Assemblea degli Stati Generali, sull'ereditarietà del titolo regio e sulla titolarità del potere giudiziario[56]. Basti

[55] P. VIOLLET, *Histoire des institutions politiques*, cit., pp. 214-217.

[56] Sull'importanza degli Stati generali di Tours, come episodio conclusivo dell'epoca medievale *ibidem*, pp. 192-194 e 228 ss. e sul *Discours des Estats de France* di Jean Coquille (1523-1603), con precipuo riferimento all'Assemblea di Tours D. LUONGO, *Consensus gentium*, cit., in particolare pp. 277-279. La pubblicazione del testo nel 1558 (*Journal des Etats-Généraux de France ténus a Tours en 1484, sous le règne de Charles VIII, rédigé en latin par Jehan Masselin, député du Baillage de Rouen*, publié par A. BERNIER (Documents inédits de l'Histoire de France)) ha tramandato la memoria di episodi salienti di quell'Assemblea e ne ha favorito la citazione in talune fasi dell'evoluzione politica francese nelle quali il ritorno ad una partecipazione di rappresentanze nell'esercizio della sovranità fu particolarmente sentito: cfr. ad es., nell'imminenza della riunione degli stati generali del 1788: *Recherches curieuses et instructives sur les états-généraux, qui donnent une juste idée des droits qui appartiennent aux différens ordres, et dans lesquels on trouvera les formalités qui sont en usage dans lesdits états, ouvrage utile à tout le monde, et principalement aux membres qui doivent composer la prochaine assemblée*, nouvelle édition, Amsterdam 1789, in particolare pp. 86-87; [C.P. BOSQUILLON], *Code national, dédié aux États-généraux*, Genève 1788, in particolare su Carlo VIII e Luigi XII e sui «faits qui preuvent que sous les Rois de la troisième race, les François ont été maintenus en la possession du droit d'être consultés dans les affaires intéressants», pp. 45-46. Per il significato degli Stati generali nella storia istituzionale francese sulla metà dell'Ottocento, cfr. come emblematici persino dal titolo: E.J.B. RATHERY, avocat à la Cour Royale de Paris, *Histoire des Etats Généraux de France suivie d'un examen comparatif de ces Assemblées et des Parlement d'Angleterre, ainsi que des causes qui les ont empêchés de devenir, comme ceux – ci, une institution régulière*, Mémoire couronnée par l'Académie des Sciences morales et politiques (25 mai 1844), Paris 1845; A. DESJARDINS, premier avocat général près la Cour d'Appel d'Aix, *Etats-Généraux (1355-1614). Leur influence sur le gouvernement et la législation du pays*, ouvrage couronné par l'Institut (Académie des Sciences morales et politiques), Paris 1871, in particolare pp. 1-14 e 273 ss.; G. PICOT, *Histoire des Etats Généraux considérés au point de vue de leur influence sur le gouvernement de la France de 1355 à 1614*, ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques, Paris 1872, e, dello stesso autore, *Rapport au Comité des travaux historiques sur la publication des documents inédits relatifs aux Etats Généraux*, Paris 1876.

ricordare la tesi, che ebbe il suo più celebre sostenitore nel rappresentante della Borgogna, Philippe Pot, allorché aveva sostenuto, riprendendo un dibattito antico, che

«la Royauté est une dignité, non une hérédité et qu'elle ne doit aucunement, comme les hérédités, passer toujours aux tuteurs naturels, savoir aux proches parents; que la chose publique doit être d'abord déférée à l'Assemblée des Etats - Généraux»[57],

e tutte le richieste volte ad evitare le avocazioni e commissioni di cause inserite in molti *cahiers de doléances*[58]. Questi ultimi aspetti, come rilevato, avevano già costituito un motivo di contrasto nella Lombardia viscontea e sforzesca[59]. Su questi aspetti, in Francia, oltre ai provvedimenti adottati a conclusione degli stessi Stati generali[60], furono introdotte numerose riforme da Luigi XII tra il 1498 e il 1499[61].

[57] A. DE VIDAILLAN, *Histoire des conseils*, cit., pp. 333-349 e in particolare p. 343: «Philippe Pot, seigneur de la Roche et représentant de Bourgogne, il commence par nier que la loi qui confère aux princes du sang la direction du royaume et du roi, il soutient que la Royautè est une dignitè, non une hérédité et qu'elle ne doit aucunement, comme les hérédités, passer toujours aux tuteurs naturels, savoir aux proches parents; que la chose publique doit être d'abord déférée à l'Assemblée des Etats-Généraux, moins pour qu'ils l'administrent par eux-memes, que pour mettre à la tête les gens qu'ils jugeront les plus dignes; loin de lui cependant l'intention de dire que la capacité de régner ou la domination passe à tout autre qu'au roi; mais l'administration du Royaume et la tutelle, non le droit ou la proprieté, sont accordées légalement pour un temps au peuple ou à ses élus». Cfr. in proposito, anche P. VIOLLET, *Histoire des institutions politiques*, cit., pp. 229-231.

[58] A. DE VIDAILLAN, *Histoire des conseils*, cit., in particolare p. 337.

[59] Cfr. *supra*, testo a nota 25.

[60] *Recueil générale*, cit., t. XI, 12: *Actes des Etats Généraux, assemblée à Tours 15 janvier 1483 - 14 avril 1484, Cahiers des Etats, Justice*, in particolare §§ 6-11, pp. 52-56.

[61] L'*ordonnance* di Blois sulla riforma generale della giustizia, che riprendeva i principi già enunciati da Carlo VIII, nel 1493 prima di partire per la spedizione di Napoli (cfr. anche S. BIANCARDI, *La chimera di Carlo VIII (1492-1495)*, Novara 2009, in particolare pp. 323-344) e rispondeva alle esigenze rappresentate dagli Stati (in particolare circa la necessità di abbreviare le cause e diminuire gli appelli), risale al marzo 1498, quella di Lyon al giugno del 1499 (*Recueil général*, cit., t. IX, 26: *Ordonnances rendues en conséquence d'une assemblée de notables à Blois sur la réformation de la justice et l'utilité générale du royaume*, pp. 323-388 e *ibidem*, nn. 71-81 sui parlamenti di Parigi, di Bordeaux e Toulouse; cfr. anche n. 31, *Lettres portant modifications à l'ordonnance generale de Blois*, Paris, 13 juin 1499, pp. 401-405 e *Ordonnance sur la reformation de la justice*, Louis XII à Lyon 1499 juillet, in *Ordonnances des roys de France*, vol. XXI, cit., cc. 233-239). Nell'aprile del 1499, subito dopo il trattato di alleanza con Venezia (cfr. *supra*, nota 4), l'*échiquier de Normandie* fu trasformato in *Parlement* (*Recueil général*, cit., t. XI, 26: *Edit portant érection de l'echiquier de Normandie en Parlement*, Montilz-sous-Bois, avril 1499, pp. 389-395, anche in *Ordonnances des roys de France*, XXI, cit., cc. 215-219), a seguito di un

Le vicende recenti della Provenza potevano costituire per i Milanesi un 'precedente' da manuale. La contea pervenuta a Luigi XI nel 1481 alla morte di Carlo III d'Anjou si considerava – e continuò a considerarsi fino al 1787 – come unita alla corona francese, ma *separata* dal resto della monarchia («non comme un accessoire à son principal, mais principalement et séparément du reste du royaume»)[62]. Il re di Francia era stato istituito erede della contea nel testamento di Carlo d'Anjou, ma secondo la 'costituzione' della regione, la volontà del principe era irrilevante ai fini di un cambiamento di dominazione. Furono gli Stati provinciali che lo ratificarono e ne sancirono la validità[63].

Carlo VIII nell'ottobre del 1486, con le lettere di riunione definitiva della Provenza alla corona, che facevano seguito alle 'insistentissime', quantunque 'umili', richieste presentate dagli ambasciatori[64], garantì, innanzitutto, la difesa e il soccorso «ainsi que tous roys et princes souverains doivent et sont tenus de faire envers leurs bons et naturels sujets»; promise, in secondo luogo, che il paese non sarebbe mai stato venduto, permutato né trasferito ad alcun titolo, né tutto, né in parte e, da ultimo, che l'annessione sarebbe avvenuta a titolo di unione personale con la corona[65].

Al tempo dei fatti milanesi, l'istituzione del parlamento della Contea – già iniziata in quegli anni – era ancora in *fieri* e le trattative, destinate a dare esecuzione alla promessa regia secondo la quale usi, statuti e privilegi sarebbero stati conservati e garantiti, vertevano sul diritto dei Provenzali di essere giudicati nel loro foro in ultimo grado sia nel civile che nel penale: principio che, tuttavia, non fu inserito nel testo fina-

incontro e di una convenzione (*convention*) tra i notabili e i rappresentanti dei tre stati normanni e di esponenti del *grand conseil* (*Recueil général*, cit., t. XI, 389-390). Su tali riforme cfr. anche A. DESJARDINS, *Etats-Généraux*, cit., in particolare pp. 248 ss.

[62] P. VIOLLET, *Histoire des institutions politiques*, cit., pp. 195-196 e cfr. anche dello stesso autore, *Histoire des institutions politiques*, II: *Période française Moyen Age (Royauté - Elise - Noblesse)*, Paris 1898, pp. 153-154 e Ch. DE RIBBE, *Pascalis, Etude sur la fin de la constitution provençale*, Paris 1854, p. 25. A questo proposito ricorderemo anche le rivendicazioni dei Pavesi, sulle quali in particolare *supra*, nota 8.

[63] P. CABASSE, *Essais historiques sur le Parlement de Provence depuis son origine jusqu'à sa suppression*, par Prosper Cabasse, Chevalier de l'Ordre Royal de la Légion d'Honneur, conseiller à la cour Royale d'Aix, I, Paris 1826, p. 8, nt. 1.

[64] *Recueil général*, cit., t. XI, n. 56, Compiègne, octobre, 1486, in particolare p. 167.

[65] Cfr. *ibidem*, in particolare p. 168 § *Pour ces causes* (« et quant à ce seulement les avons adjoints et unis ... sans que à icelle couronne ni au royaume ils soient pour ce aucunement subalternes pour quelques cause ou occasion») e inoltre § *Par lesquelles promettons.*

le[66]. L'istituzione del Parlamento di Grenoble, che ottenne sovranità, autorità, privilegi, prerogative e preminenze pari a quelli già concessi agli altri («qui sont en nos autres cours de parlement de nostre royaume»)[67], avvenne con l'editto di Lyon del luglio del 1501 (confermato nel 1502) e fu concordata da rappresentanti del *consilium* regio, dei parlamenti e della contea di Provenza[68].

Quanto a Luigi XII, l'inizio turbolento del suo Regno coincise con il riconoscimento della «libertà della Bretagna», portatagli in dote dalla seconda moglie, la cugina duchessa Anna di Bretagna, vedova di Carlo VIII, ch'egli sposò dopo lo scioglimento del matrimonio con Jeanne de France[69]. Le lettere relative alle 'libertà' della Bretagna furono scritte il 7 gennaio 1498 a Nantes il giorno precedente alla celebrazione del matrimonio. Alla Bretagna, come già alla Provenza, era assicurato che nulla sarebbe cambiato in merito a

«droits, libertez, franchises, usaiges, coutumes et tailles tant au frais de l'église, de la justice, comme chancellerie, conseil, parlement, chambre des comptes, tresorerie générale et autres de la noblesse et commun peuple, en manière que aucune nouvelle loi ou constitution n'y soit faite, fors en la manière accoustumé».

Il re si impegnava a rispettare tutti i diritti e libertà («droits et libertés») del paese e dei sudditi[70], riconosceva loro la zecca, obblighi limitati per

[66] La formula non compare nel privilegio di Carlo VIII. Cfr. in proposito: P. CABASSE, *Essais historiques*, cit, pp. 8-17. Quanto alle petizioni dell'Assemblea della Rosa cfr. *supra*, testo corrispondente a nota 23.

[67] *Recueil général*, cit., t. XI, n. 47, pp. 422-432, Lyon juillet 1501. *Edit portant établissement du Parlement de Provence*, pp. 422 ss.

[68] *Ibidem*, n. 56, p. 437 e N. COUPLET, *D'un Parlement à l'autre*, in *Le Parlement de Provence 1501-1790*, Aix en Provence 2002, pp. 18-25, in particolare pp. 18-19.

[69] *Recueil général*, cit., t. XI, rispettivamente n. 21: *Sentence de dissolution du mariage de Louis XII et Jeanne de France* 12 décembre 1498, pp. 313-314 e n. 23, Château de Nantes, janvier 1499, *Lettres portant publication du traité de mariage du roi avec Anne duchesse de Bretagne, veuve de Charles VIII*, pp. 314-316. Sul suo matrimonio con Carlo VIII cfr. ora S. BIANCARDI, *La chimera di Carlo VIII*, cit., pp. 129-134, al quale rinvio anche per i riferimenti bibliografici.

[70] *Recueil général*, cit., t. XI, n. 24: *Lettres au sujet des libertés de la Bretagne*, Nantes, 7 janvier 1498, p. 317 (I). Cfr. J.M. PARDESSUS. *Essai historique sur l'organisation judiciaire*, cit., in particolare p. 187 e ora C. RYDELLET, *Les débuts du Parlement de Bretagne et son activité administrative en particulier dans les paroisses au XVIe siècle*, in *Les parlements de province: pouvoirs, justice et société du XVe au XVIIIe siècle*, textes réunis et présentés par J. POUMARÈDE et J. THOMAS, Toulouse 1996, pp. 437-442 e J.B. COLLINS, *Le système de reproduction des magistrats du parlement de Bretagne: question sociale ou question politique?*, *ibidem*, pp. 601-620.

i nobili in caso di guerre, nelle quale i Bretoni avrebbero potuto essere coinvolti solo in caso di grande ed estrema necessità (secondo un principio già enunciato da Paolo di Castro che probabilmente anche i Milanesi ebbero ben presente)[71] e previo consenso della duchessa/regina, e degli stati[72]. La concertazione tra il re e gli stati per le decisioni in merito alla dichiarazione di guerra e alla stipulazione dei trattati di pace può essere considerata (insieme con quella relativa all'imposizione dei tributi) una delle caratteristiche della 'costituzione' francese (e per certi tempi anche inglese) tra medioevo ed età moderna, come sarebbe stato di poi sostenuto da Jean Coquille[73]. All'approvazione dei tre stati era anche subordinata l'introduzione di nuove leggi, nonché l'abrogazione e l'interpretazione di leggi e consuetudini vigenti, cosa che comunque avrebbe potuto avvenire soltanto per una *bonne raison*[74], mentre le prerogative del parlamento della Bretagna venivano salvaguardate[75].

[71] La distinzione tra guerra necessaria e volontaria risaliva, nella sua definizione più compiuta a Paolo di Castro (PAULI CASTRENSIS *Consiliorum volumen primum*, cons. 295, in part. n. 4, c. 153rb), sul quale anche ALBERICO GENTILI, *Il diritto di guerra*, cit., Lib. III, cap. XVIII, *Dell'amicizia e delle alleanze*, p. 564 (635). Quanto alla clausola proposta in proposito dai Milanesi cfr. *supra*, nota 33. Proprio con riguardo a Milano, merita ricordare la successiva polemica tra Jean Bodin e Alberico Gentili. Al primo che aveva sostenuto che «un trattato di amicizia non obbliga a dare aiuti di alcune genere» (J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, III, a cura di M. ISNARDI PARENTE - D. QUAGLIONI, Torino 1997, lib. V, cap. VI, *Della sicurezza delle alleanze e dei trattati fra i principi*, p. 279) Alberico Gentili replicò che tale opinione avrebbe potuto essere condivisibile soltanto in pochi casi e tra questi, appunto, quello di un'alleanza «stretta con lo straniero, cioè con un popolo che per natura era ritenuto nemico o contro il quale avevamo condotto una guerra» (*Il diritto di guerra*, cit., lib. III, cap. XVIII, *Dell'amicizia e dell'alleanza*, p. 563 [633]). Sulla teoria della guerra in Bodin e Machiavelli, che scrisse un *Ritracto di cose di Francia* all'inizio del 1512, dopo che, come è ben noto, tra 1500 e 1501 aveva svolto la prima di numerose ambasciate in quel paese: D. QUAGLIONI, *I limiti della sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell 'età moderna*, Padova 1992, pp. 107 ss. in particolare pp. 129-139.

[72] *Recueil général*, cit., t. XI, n. 24: *Lettres au sujet des libertés de la Bretagne*, Nantes, 7 janvier 1498, p. 318 (5).

[73] Il Viollet la considerò «une règle de droit public au XIVe et au XVe siècle», con solidi fondamenti dottrinali nell'insegnamento di teologia di Guillaume Erard nell'Università di Parigi (*Histoire des institutions politiques*, cit., pp. 221-224). Cfr. ora J. KRYNEN, *L'empire du roi. Idées et croyances politiques en France. XIIIe-XVe siècle*, in pp. 273-296. Cfr. anche *supra*, nota 56.

[74] *Recueil général*, cit., t. XI, n. 24: *Lettres au sujet des libertés de la Bretagne*, Nantes, 7 janvier 1498, p. 319 (7).

[75] *Ibidem*, p. 320 (11).

## 4. *Conclusioni*

Quando Ludovico XII entrò in Milano alla fine del successivo mese di ottobre – dopo che fin dal 6 settembre era partito da Lione per visitare il nuovo dominio – , le accoglienze tributategli, a quanto sembra, furono inferiori a quelle che egli si sarebbe aspettato, mentre le dimostrazioni contro i veneziani che lo accompagnavano o che risiedevano nella città furono piuttosto violente, perché si imputava loro di essere stati la causa della perdita della libertà del Ducato[76]. Comunque sia, i Milanesi, quali leali ed obbedienti sudditi suoi e dei suoi discendenti, lo riconobbero loro signore naturale e diretto, prestarono il giuramento di fedeltà e dichiararono di farlo – come recitavano usualmente le clausole di resa – «spontaneamente, volontariamente, *ex certa scientia*, senza essere stati indotti da errori di fatto o di diritto, né costretti dal timore o dalla violenza»[77]. In realtà, essi, che fin dall'inizio avevano fatto di tutto per evitare l'ingresso in città dell'esercito francese senza riuscirvi, – come il Priuli aveva previsto – erano esasperati dalle angherie e dai soprusi inflitti dalla truppa di occupazione, cui non sembra che nemmeno alcuni decreti pubblicati nel tentativo di riportare ordine nella vita civile avessero posto termine[78].

Pare che prima di lasciare la città, il 3 novembre, Ludovico XII avesse convocato la cittadinanza per tentare di tranquillizzarla e proclamare che

[76] M. SANUDO, *I diarii*, III, cit., coll. 24-25 e così anche in G. PRIULI, *I diarii*, cit., p. 191.

[77] L.G. PELISSIER, *Documents*, cit., *Formule du serment de fidelité prêté à Louis XII par la comune et le peuple de Milan*, Milan, 29 octobre 1499, pp. 11-14, in particolare p. 12 e cfr. anche G. PRIULI, *I diarii*, pp. 208-209. Cfr. anche il frammento di Bartolo citato *supra*, nota 39. Sulle vicende militari e politiche della spedizione in Italia di Luigi XII: JEAN D'AUTON (ca. 1466-1527), *Histoire de Louys XII, roy de France, pere du peuple, et des choses memorables aduenües de son regne, és années 1499, 1500, & 1501: tant en France, que au recouvrement du duché de Milan, en la conqueste du royaume de Naples, & autres lieux, par Iean d'Auton son historiographe*, tirée de la bibliothecque du roy, & nouvellement mise en lumiere par T. GODEFROY, Advocat au Parlement de Paris, Paris 1620 e CLAUDE DE SEYSSEL (1450?-1520), *Histoire du roy Loys Douziesme, pere du peuple*, e, dello stesso autore, *Les louenges du roy Louys 12. de ce nom* (1508), edition critique de P. EICHEL-LOJKINE et L. VISSIÈRE, Genève 2009.

[78] Sullo stato d'animo dei Milanesi: G. PRIULI, *I diarii*, cit., p. 213. I provvedimenti tesi ad evitare ulteriori angherie ai danni della popolazione in L.G. PELISSIER, *Documents*, cit., 3: *Arrêté relatif au maintien de la discipline dans l'armée française*, Milan, 25 septembre 1499, pp. 6 e 73 *Arrêté relatif au maintien de l'ordre à Milan pendant l'occupation française*, Milan, 12 octobre 1499, pp. 10-11 e cfr. in proposito S. MESCHINI, *La Francia nel Ducato di Milano*, I, cit., pp. 70-71.

la conquista non era stata intesa a «tuor quel stato per tyranizar». L'impresa gli era costata una cifra ingente (400.000 ducati) ed era intenzionato a ritornare a Milano in visita negli anni futuri. Chiese il pagamento dell'«angaria», ma per quell'anno la destinò ai «citadini». Dopo aver designato Gian Giacomo come governatore e il De Lignì al comando delle milizie, si diresse a Vigevano dove l'11 novembre pubblicò la ben nota *ordonnance*[79].

Tra i primi atti del re fu l'approvazione degli statuti di Milano, già in corso di riforma al momento della conquista francese, che, a norma dell'*ordonnance* di Vigevano, non furono assolutamente lasciati all'esclusivo potere né del consiglio cittadino, né del nuovo Senato, ma sottoposti all'approvazione del re[80].

Come e perché i Milanesi, o, meglio, il loro gruppo dirigente, si fosse illuso di trovare sollievo ai problemi interni nell'alleanza con il re di Francia se lo chiesero anche alcuni Francesi illustri, come il Montesquieu, che diede per nota l'incapacità dei Francesi di conservare i risultati delle vittorie in paesi lontani[81], e il Mably che espresse stupore di fronte al comportamento degli Italiani che si erano fidati di Luigi XlI, malgrado gli eserciti francesi fossero preceduti dalla fama, dopo l'impresa napoletana di Carlo VIII, di iniziare le guerre senza prepararvisi[82]. In ogni caso, la vicenda qui riesumata, dalle molte sfaccettature giuspubblicistiche, tra diritto interno e diritto *inter gentes*, sembra utilmente inserirsi nell'ambito

[79] M. SANUDO, *I diarii*, III, cit., coll. 48 e 55. Sulle modifiche cui fu sottoposta la disciplina prevista dall'ordonnance di Vigevano tra il 1499, nel successivo breve dominio di Francesco II Sforza, e da Carlo V con la pubblicazione delle Costituzioni del 1541 cfr. U. PETRONIO, *Il senato di Milano: istituzioni giuridiche ed esercizio del potere nel Ducato di Milano da Carlo V a Giuseppe II*, Milano 1972, pp. 58-62 e E. CORTESE, *Jean Feu a Pavia nel 1509-1510. Propaganda francese nella Lombardia conquistata*, in *Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert. Festschrift für K.W. Nörr*, Wien 2003, pp. 121-143.

[80] Cfr. il testo del decreto di approvazione in *Novissima Mediolani Statuta*, Mediolani 1552 [ma 1550], cc. n.n.

[81] MONTESQUIEU, *Mes pensées*, in MONTESQUIEU, *Oeuvres complètes*, I, texte présenté et annoté par R. CAILLOIS, Paris 1949, n. 1392-1393, p. 1329.

[82] Il quadro di un'Italia dominata da due potenze (il Papato e Venezia) contro i cui progetti di espansione tentavano di reagire il re di Napoli, il Ducato di Milano e i Fiorentini incapaci di trovare un accordo tra di loro ed abili soltanto ad accrescere le divisioni fu tracciato da G. BONNOT DE MABLY, *Principes des négociations pour servir d'introduction au droit public de l'Europe fondé sur les traités*, in G. BONNOT DE MABLY, *Oeuvres complètes de Mably*, 5 voll., Paris 1797, V, p. 4.

degli studi sugli aspetti del «contrattualismo» e del «costituzionalismo» di età medievale e moderna[83].

[83] R. SAVELLI, *Che cosa era il diritto patrio di una repubblica?*, in I. BIROCCHI - A. MATTONE (edd), *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione, secoli XVI-XIX*, Atti del convegno, Roma 2006, pp. 255-295, in particolare pp. 290-295; A. PADOA SCHIOPPA, *Stato moderno e diritto*, in *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna 2003, pp. 325-327 e cfr. infine, le belle pagine di sintesi di M. FIORAVANTI, *Per una storia dello stato moderno in Europa*, in «Quaderni di scienza politica», 2010, 1, pp. 27-38.

*Résumé*

INSTITUTIONELLE REFORMPROJEKTE: MAILAND IM ZEITALTER LUDWIGS XII

Vom Einzelnen zum Allgemeinen, vom innerstaatlichen Recht zum *ius gentium*: dieser Beitrag untersucht unter einem beschränkten perspektivischen Gesichtspunkt – dem in Mailand im September 1499 verfassten Vorschlag angesichts der Verhandlungen mit Ludwig XII., dem König von Frankreich der die Lombardei erobert hatte –, einige auf theoretischem Niveau von der Lehre des gemeinen Rechts ausgearbeitete und auf politischem Niveau diskutierte öffentlich-rechtliche Kategorien, die teilweise auch schon in die Praxis umgesetzt worden waren, z.B. in der Lombardei bei der Gründung der Ambrosianischen Republik, in Frankreich in den Beziehungen zwischen Monarchie und 'Generalständen', oder aus Anlass der Angliederung von Provence und Bretagne an das Reich. Einerseits haben wir den Rückgriff auf Einrichtungen, die der Autonomie (*libertas*) und der Trennung am nächsten standen, die trotz des Erstarkens tendenziell absolutistischer Regierungsmodelle noch lebenskräftig waren, und andererseits auf jene des *ius gentium* der *adherentia* – eine Allianz zwischen ungleichen Subjekten des 'öffentlichen Rechts' – und der Gleichheit der 'Staaten'.

Zu diesem Zweck sind die Bedingungen analysiert worden, die die sogenannte «Versammlung der Rose» und die Mailänder – trotz des Widerstands von Gian Giacomo Trivulzio – zu den Kapitulationsverhandlungen mit den Franzosen mitbringen und dort diskutieren wollten: jede Klausel scheint besonders 'geschickt' gewählt und mit Blick auf die Meinungen von Juristen formuliert, die für ihr Autonomieverständnis bekannt waren, wie z.B. Albericus de Rosciate, Baldus und Angelo de Ubaldis, Paolo di Castro und Giason del Maino. Ziel der Übung war es, den Mailändern im internen Rechtsbereich in vollständiger Autonomie und unter Ausschluss jedweder königlicher Interferenz die Kontrolle sowohl über die politische Ordnung der Stadt als auch über die Organisation des Herzogtums zu erhalten und in den 'internationalen' Beziehungen im Herstellen einer neuen Verbindung mit der französischen Monarchie in Form einer Allianz, die zu einer sehr beschränkten Serie von Verpflichtungen gegenüber Ludwig XII. (und nur seiner legitimen männlichen Erben) geführt hätte und insbesondere zu der Freistellung von der Teilnahme an Eroberungskriegen an der Seite Frankreichs.

Unter dem Gesichtspunkt des internen Rechtsbereichs sollte das Problem der politischen und administrativen Kontrolle des Herzogtums mit einer vollständigen normativen, gerichtlichen und steuerlichen Autonomie und

der selbständigen Ernennung oder Wahl der Mitglieder der 'Magistraturen' gelöst werden. Damit erklärt sich, warum sich Pavia sofort daran machte von Ludwig XII. die Trennung von Mailand und die direkte Unterwerfung unter den französischen Monarchen zu erreichen.

Vom Gesichtspunkt des Rechts *inter gentes* aus betrachtet, wäre das Überleben des Herzogtums als *natio*, oder – um es mit einem aktuellen Ausdruck zu sagen – als Subjekt des 'öffentlichen Rechts' mit der Aufsetzung eines Freundschaftsabkommens mit dem König von Frankreich zustande gekommen, oder in der spezifischen Form einer Beitrittserklärung (*adhaerentia*), die von der juristischen Wissenschaft genau definiert und insbesondere laut Bartolus und Baldus mit der Anerkennung der königlichen *maiestas* vereinbar waren. Solche Abkommen hatte es im Verlauf des 14. Jahrhunderts schon oft gegeben, und sie wurden meist verwendet, um einer 'souveränen' oder auf jeden Fall höhergestellten Macht die Allianz einer niedrigeren Ordnung, die ihre legislative, rechtsprechende und fiskalische Autonomie behielt, zu versichern, oder eben um einer 'schwachen' Ordnung den Schutz der 'stärkeren' zuzusichern.

Konkret konnten außerdem – und dies ist ein weiterer, sozusagen komparatistischer Aspekt der Forschung –, die Klauseln der von Karl VIII. mit der Provence und von demselben Ludwig XII. mit der Bretagne stipulierten Verträge die Mailänder ermutigen.

In diesem Zusammenhang erscheinen auch andere Aspekte von beachtlicher Bedeutung: z.B., die Rechtfertigung des Eingreifens der Republik Venedig an der Seite der Franzosen, das von Girolamo Priuli vor der inneren und internationalen 'öffentlichen Meinung' als Unterstützung der Lombarden dargestellt wurde, die der tyrannischen Regierung Sforza überdrüssig waren, während mit Waffengewalt und Diplomatie ein neues Gleichgewicht der europäischen Ordnung austariert wurde.

*Übersetzung von Friederike Oursin*



# «Plenitudo potestatis» und Delegation

## Die höhere und die höchste Gewalt in Rechtsgutachten vornehmlich für deutsche Städte in Spätmittelalter und früher Neuzeit

von *Eberhard Isenmann*

### I. Einleitung

In einer eindrucksvollen jüngeren Bilanz der Forschungen zur sogenannten «Rezeption des römischen und kanonischen Rechts» in Deutschland finden sich zwei etwas widersprüchliche Aussagen.

1. Zum einen wird von der «genialen Gesamtanalyse» der Rezeption in Franz Wieackers *Europäischer Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* aus den Jahren 1952 und 1967 gesprochen[1], deren Gesamtbild der Rezeption, so lautet die Prognose, künftige Detailforschungen kaum «in ihrem Kern noch wesentlich verändern» würden[2]. Dem kann zunächst ohne Weiteres beigepflichtet werden, da es immer äußerst schwierig ist, etwas im Kern und dann auch noch wesentlich zu verändern, zumal Wieacker ein hohes Abstraktionsniveau einnimmt und dazu hin weitgehend idealtypisierend verfährt[3], wenn er von der «Verwissenschaftlichung des deutschen Rechtswesens und seiner fachlichen Träger»[4] sowie von der «'Machtergreifung' des gelehrten Juristen und seiner rational-logischen

[1] F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen 1967², S. 97-203.

[2] W. Sellert, *Zur Rezeption des römischen und kanonischen Rechts in Deutschland von den Anfängen bis zum Beginn der frühen Neuzeit: Überblick, Diskussionsstand und Ergebnisse*, in H. Boockmann - L. Grenzmann - B. Moeller - M. Staehelin (Hrsg.), *Recht und Verfassung im Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit*, 1. Tl. (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Philologisch-historische Klasse. 3. Folge, 228), Göttingen 1998, S. 165, 166.

[3] G. Dilcher, *Die stadtbürgerliche Gesellschaft und die Verrechtlichung der Lebensbeziehungen im Wandlungsprozeß zwischen Mittelalter und Neuzeit*, in *Recht und Verfassung im Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit*, 1. Tl., S. 95 f., 103 f.; E. Isenmann, *Aufgaben und Leistungen gelehrter Juristen im spätmittelalterlichen Deutschland*, in «Orbis Iuris Romani. Journal of Ancient Law Studies», 10, 2005, S. 44-46.

[4] F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, S. 131.

Methoden der Rechtsanwendung im gesamten öffentlichen Leben»[5] spricht, wodurch sich in großer Perspektive «die Rechtsüberzeugung von vielen Millionen» von Menschen verändert habe[6], schließlich von der «intellektuellen Rationalisierung des gesamten öffentlichen Lebens»[7]. Wieackers stringente gedankliche Steigerung der empirischen Elemente ist kaum zu überbieten; die ihm damals zu Gebote stehenden Sachverhalte hat er in ihrer gedanklichen Ausdeutung so gut wie ausgereizt.

2. Doch dann folgt in der Bilanz die einigermaßen überraschende Feststellung, noch wenig erforscht sei die Frage, welchen Einfluss die Rezeption auf das Staats- und Verwaltungsrecht genommen hat. Augenfällig sei die Rezeption einzelner imperialer Herrschaftsformeln des justinianischen Rechts, die seit dem Staufer Friedrich I. und später verstärkt im Absolutismus überall dort eingesetzt worden seien, wo es um Machtsteigerung und Machtkonzentration der Territorialgewalt ging. Umstritten sei etwa die Übernahme des Ulpian-Satzes «Princeps legibus solutus est» (*Dig.* 1.3.31) geblieben, weil er die Bindungslosigkeit des Herrschers auch hinsichtlich des natürlichen und göttlichen Rechts bedeuten konnte[8].

Es sind dies etwas vage Feststellungen, die zur Frage veranlassen, wie es in der Zeit zwischen Kaiser Friedrich Barbarossa und der Epoche des sogenannten «Absolutismus» seit der frühen Neuzeit hinsichtlich der kaiserlichen und nicht nur der landesfürstlich-territorialstaatlichen Gewalt sowie hinsichtlich der Machtthese bestellt war, was es mit dem Ulpian-Satz und verwandten Sätzen des römischen Rechts in dieser Zeit auf sich hatte.

3. Eine Antwort darauf wird im Folgenden vor allem anhand von Rechtsgutachten des ausgehenden Mittelalters seit der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts gesucht, in denen sich deutsche und italienische Juristen im Auftrag deutscher Städte aus verschiedenen Anlässen heraus mit der denkbar höchsten und umfassendsten weltlichen Herrschaftsgewalt, nämlich der kaiserlichen, beschäftigen. Angesichts der von Zeitgenossen konstatierten und auf theoretischer Ebene meist abgelehnten Pluralität der bestehenden

[5] *Ibidem*, S. 132.

[6] *Ibidem*, S. 126.

[7] Darunter versteht Wieacker im Einzelnen «den Austrag politischer und privater Konflikte nicht mehr durch Gewalt, Emotionen oder unreflektierte Lebenstradition, sondern durch logische Erörterung der autonomen juristischen Sachproblematik und durch Entscheidung nach einer daraus gewonnenen rationalen Regel»; *ibidem*, S. 131.

[8] W. Sellert, *Zur Rezeption des römischen und kanonischen Rechts*, S. 146, 147.

Herrschaftsgewalten (*pluralitas principum*)[9] und der vielen Obrigkeiten im Reich setzen die Juristen diese unteren Gewalten zu der höchsten Gewalt in Beziehung, stellen eine Rangfolge her und legen Grenzen fest. Wenn man davon ausgeht, dass die in Dienst genommenen gelehrten Juristen mit ihren vielfältigen Aufgabenfeldern maßgebliche Agenten der Rezeption waren[10], so sind ihre Konsilien, die am besten Aufschluss über ihre juristische Arbeits- und Denkweise geben, eine zentrale Quelle für die Rezeptionsgeschichte, die indessen zur Zeit Wieackers in Deutschland «nur in geringem Umfang erforscht» war[11].

## II. «Plenitudo potestatis» und «absoluta potestas»: Wissenschaftliche Lehre und fallgebundene konsiliatorische Praxis

Vorab sind hinsichtlich der Quellenlage, Forschung und Interpretation zwei Sachverhalte und eine mögliche Schlussfolgerung zu konstatieren.

1. Die gegenwärtige Quellenlage lässt den Schluss zu, dass die kaiserliche Seite vertreten durch den rechtsgelehrten Reichskammerprokuratorfiskal nachweislich seit der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts zwar gelegentlich in einigen Konfliktfällen die in den Klauseln der kaiserlichen Urkunden fast stets präsente *plenitudo potestatis* und speziell die *absoluta potestas* des Kaisers herauskehrte, in erheblich größerem Umfang sich jedoch die Reichsstädte als subordinierte Gewalten mit der ihnen übergeordneten, gelegentlich in ihre Verhältnisse intervenierenden kaiserlichen Gewalt auseinandersetzten.

[9] Siehe unten, Abschinitte V und IX.

[10] Zu den Aufgabenbereichen der spätmittelalterlichen Juristen siehe zuletzt R. Gramsch, *Erfurter Juristen im Spätmittelalter. Die Karrieremuster und Tätigkeitsfelder einer gelehrten Elite des 14. und 15. Jahrhunderts* (Education and Society in the Middle Ages and Renaissance, 17), Leiden 2003; E. Isenmann, *Aufgaben und Leistungen gelehrter Juristen*, S. 41-65; ders., *Funktionen und Leistungen gelehrter Juristen für deutsche Städte im Spätmittelalter*, in *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à la fin du Moyen Âge*, études réunies par C. Gauvard - J. Chiffoleau - A. Zorzi (Collection de l'École française de Rome, 385), Roma 2007, S. 243-322; ders., *Gelehrte Juristen und das Prozeßgeschehen in Deutschland im 15. Jahrhundert*, in F.-J. Arlinghaus - I. Baumgärtner - V. Colli - S. Lepsius - Th. Wetzstein (Hrsg.), *Praxis der Gerichtsbarkeit in europäischen Städten des Spätmittelalters* (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte Frankfurt am Main, 23), Frankfurt a.M. 2006, S. 305-417.

[11] N. Horn, Die legistische Literatur der Kommentatoren und die Ausbreitung des gelehrten Rechts, in H. Coing (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Bd. 1: *Mittelalter (1100-1500)*, München 1973, S. 285.

2. Die spätmittelalterlichen rechtswissenschaftlichen Lehren von der Rechtsmacht (*auctoritas*, *potestas*) und dem Willen (*voluntas*) des Princeps, von der *absoluta potestas* und *plenitudo potestatis* des Kaisers – in vielfach bekundeter Analogie zur Herrschaftsgewalt des Papstes –, wie sie etwa von Ennio Cortese[12], Dieter Wyduckel[13] und Kenneth Pennington[14] dargestellt wurden, finden sich im Modus der Anwendung und in gleichfalls diskursiver Form in der konsiliaren Praxis wieder. Der große Vorzug der konsiliatorischen Erörterung besteht darin, dass sie durch genau zu umreißende rechtliche und politische Auseinandersetzungen hervorgerufen wurde und vielfach in weitere aktenmäßige Zusammenhänge eingebettet ist[15]. Die in Konsilien auf der Grundlage des römischen und kanonischen Rechts geformten Rechtspositionen spiegelten wie die wissenschaftliche Literatur nicht unmittelbar geltendes Recht, aber sie besaßen die Chance, in der konkreten Auseinandersetzung als richtig oder geeignet akzeptiert zu werden.

[12] E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico* (Ius nostrum, 6), 2 Bde., Milano 1962/64, besonders Bd. 2, S. 39-99.

[13] D. WYDUCKEL, *Princeps legibus solutus. Eine Untersuchung zur frühmodernen Rechts- und Staatslehre* (Schriften zur Verfassungsgeschichte, 30), Berlin 1979.

[14] K. PENNINGTON, *The Prince and the Law, 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition,* Berkeley CA 1993; siehe auch DERS., *The Authority of the Prince in a Consilium of Baldus de Ubaldis,* in R.I. CARDINAL CASTILLO LARA (Hrsg.), *Studia in honorem eminentissimi cardinalis Alphonsi M. Stickler* (Studia et textus historiae iuris canonici, 7), Roma 1992, S. 481-515.

[15] Überwiegend auf der Grundlage ungedruckter Konsilien E. ISENMANN, *Reichsrecht und Reichsverfassung in Konsilien reichsstädtischer Juristen (15.-17. Jahrhundert)*, in R. SCHNUR (Hrsg.), *Die Rolle der Juristen bei der Entstehung des modernen Staates*, Berlin 1986, S. 545-628, hier S. 579-603; DERS., *Recht, Verfassung und Politik in Rechtsgutachten spätmittelalterlicher deutscher und italienischer Juristen, vornehmlich des 15. Jahrhunderts*, in H. BOOCKMANN - L. GRENZMANN - B. MOELLER - M. STAEHELIN (Hrsg.), *Recht und Verfassung im Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit*, 2. Tl. (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Philologisch-historische Klasse. 3. Folge, 239), Göttingen 2001, S. 47-245, hier S. 210-216; DERS., *Der römisch-deutsche König und «imperator modernus» als «monarcha» und «princeps» in Traktaten und in deutschen Konsilien des 15./16. Jahrhunderts*, in O. CONDORELLI (Hrsg.), *«Panta rei». Studi dedicati a Manlio Bellomo*, Bd. 3, Roma 2004, S. 41-76; DERS, *König oder Monarch? Aspekte der Regierung und Verfassung des römisch-deutschen Reichs um die Mitte des 15. Jahrhunderts*, in R.C. SCHWINGES - C. HESSE - P. MORAW (Hrsg.), *Europa im späten Mittelalter. Politik – Gesellschaft – Kultur* (Historische Zeitschrift, Beihefte 40), München 2006, S. 83-88. Wenn der Verfasser im Folgenden häufig eigene Arbeiten zitiert, so liegt es daran, dass sie auf unbekannten und ungedruckten, die Thematik für das römisch-deutsche Reich nahezu erstmalig in dieser Weise erschließenden Rechtsgutachten beruhen.

Im Augenblick scheint es, wenn man die Forschungen etwa von Jacques Krynen[16] oder Albert Rigaudière[17] für Frankreich vergleichend heranzieht, so zu sein, dass die im bewegten rechtlich-politischen Geschehen situierten Konsilien für deutsche Städte genauere und umfassendere Aufschlüsse über den juristischen und rechtspraktischen Gehalt der *potestas legibus solutus* ermöglichen, als es die derzeit untersuchten, vor allem die königliche Einwirkung auf die *coutumes* thematisierenden französischen Quellen erlauben.

3. Die *absoluta potestas* von Kaiser und Papst ist in der Doktrin seit dem 14. Jahrhundert, wie Cortese dargelegt hat, eine zunächst eher abstrakt-potentielle, aber durch eine *iusta causa* aktualisierbare und damit auch konkrete Gewalt[18]. Dieser Gesichtspunkt kann über die wissenschaftlich-

[16] J. KRYNEN, *«De nostre certaine science» ... Remarques sur l'absolutisme législatif de la monarchie médiévale française*, in A. GOURON - A. RIGAUDIÈRE (Hrsg.), *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'état* (Publications de la société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, 3), Montpellier 1988, S. 131-144; DERS., *Droit romain et état monarchique. A propos du cas français*, in J. BLANCHARD (Hrsg.), *Représentation, pouvoir et royauté à la fin du moyen âge*, actes du colloque organisé par l'Université du Maine les 25 et 26 mars 1994, Paris 1995, S. 14-23; DERS., *L'empire du roi. Idées et croyances politiques en France XIIIe-XVe siècle*, Paris 1993, S. 384-402; DERS., *The Absolute Monarchy and the French Unification of Private Rights*, in J. KIRSHNER - L. MAYALI (Hrsg.), *Privileges and Rights of Citizenship. Law and the Juridical Construction of Civil Society* (The Robins Collection), Berkeley CA 2002, S. 27-55.

[17] A. RIGAUDIÈRE, *«Princeps legibus solutus est» et «Quod principi placuit legis habet vigorem» à travers trois coutumiers du XIIIe siècle*, in *Hommages à Gérard Boulvert*, Nizza 1987, S. 427-453; DERS., *Législation royale et construcion de l'État dans la France du XIIIe siècle*, in A. GOURON - A. RIGAUDIÈRE (Hrsg.), *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'état*, S. 203-236. Vgl. für Kastilien und die katholischen Könige im 15. Jahrhundert mit weiterer Literatur L. VONES, *Geschichte der Iberischen Halbinsel im Mittelalter (711-1480)*, Sigmaringen 1993, S. 230 f.

[18] E. CORTESE, *La norma giuridica*, Bd. 2, S. 220 f.: «È vero che la *plenitudo potestatis* tende in teoria verso l'arbitrio, per il fatto stesso che consiste nel tralignamento della figura normale del potere, seguìto a una sopravvalutazione del momento soggettivo nei confronti di quello oggettivo: ma è altrettanto vero che la sua natura astratta gliene concede un'idoneità soltanto potenziale. Il punto che teoricamente mette in risalto è solo il *potest*, la normale attività concreta configura il *debet*: e se quest'ultimo può richiamare il principio etico attibuendogli una funzione reale – non fondata soltanto sul labile presupposoto di una generica probità dell'imperatore giuridicament improduttiva – la cosa è dovuta alla circostanza che sul terreno etico si sviluppa la *ordinaria* od *ordinata potestas* del sovrano». Siehe auch E. CORTESE, *Absolutisme et légalité dans le droit savant du Moyen Âge. Les deux faces d'une médaille*, in J. KRYNEN - M. STOLLEIS (Hrsg.), *Science politique et droit public dans les facultés de droit européennes (XIIe-XVIIIe siècle)*, (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte Frankfurt am Main, 229) Frankfurt a.M. 2008, S. 118 f., 122 f.

theoretische Konzeption hinaus in seiner rechtspraktischen Auswirkung jedoch nur weiter verfolgt werden, wenn tatsächliche Gebote, Einzelverfügungen und Gesetzgebungsakte von Herrschern in ihrem Verhältnis zur Verfassungs- und Rechtsordnung und in ihrer tatsächlichen inhaltlichen Tragweite untersucht werden.

Wenn sich die *absoluta potestas* der Lehre entsprechend nur auf das menschliche Recht bezieht, einer *causa* bedarf und im *ius divinum*, *ius naturale* und in Teilen des *ius gentium* Schranken findet und zudem in einem rechtsförmigen, Einreden der Betroffenen zulassenden Entscheidungsprozess ausgeübt wird, kann es sich um eine unspektakuläre, zugespitzt gesagt «harmlose», für die notwendige Rechtsfortbildung durch Gesetzgebung sogar unentbehrliche und eine der Gesetzgebungsbefugnis verwandte Gewalt handeln.

Anders verhält es sich mit der «dramatischen» Version, wenn der Herrscher die *absoluta potestas* durch Rekurs auf eine einseitig von ihm behauptete *necessitas* ausübt[19] und dabei die üblichen Fälle wie den Krieg, die einen Eingriff in übergeordnetes, nicht antastbares Recht rechtfertigen, überschreitet oder wenn er die absolute Gewalt von den Beschränkungen auch durch höhere Rechte entbunden und in einem mehr oder weniger permanenten Notstandsregime willkürlich in Anspruch nimmt. Dann stellt sich auch die Frage eines Widerstandsrechts.

## III. Die subordinierte und die höhere Gewalt – der Begriff der «Obrigkeit»

Öffentliches Recht wird angesichts einer Vielzahl verschiedener obrigkeitlicher Gewaltverhältnisse innerhalb komplexer politischer Verbände auch dadurch konstituiert, dass verschiedene Ebenen nicht lediglich privaten, sondern herrschaftlichen und hoheitlichen Handelns durch die Rechtsvorstellungen von Leihe und Delegation in ein auf die höchste Gewalt ausgerichtetes System von Über- und Unterordnung, zugleich von untertäniger Befehlsabhängigkeit, relativer Autonomie und begrenzter originärer Eigenmacht gebracht werden.

[19] Für den Kurfürsten Albrecht Achilles von Brandenburg, um die Vorstellung eines freilich von Juristen umgebenen Rechtslaien anzuführen, war nach einer Äußerung von 1481 der Gebrauch der *plenitudo potestatis* durch den Kaiser nur in schweren Notlagen gerechtfertigt, so wenn der völlige Untergang des Reichs drohe, wenn sich die Zeitläufte und damit auch die Gesetze änderten. E. Isenmann, *Reichsrecht und Reichsverfassung*, S. 595 mit Anm. 194.

Es sind nach bisheriger Quellenlage im 15. Jahrhundert fast nur Konsilien für Städte und insbesondere für Reichsstädte, in denen die höhere Gewalt und das Verhältnis zu ihr eingehend erörtert werden. Insgesamt werden folgende Ebenen und Beziehungsverhältnisse in den Blick genommen:

– Die Herrschafts- und Regierungsgewalt des städtischen Rats gegenüber der Bürgergemeinde sowie einzelnen Bürgern und Einwohnern.

– Das Verhältnis zwischen der Stadt und ihrem übergeordneten Stadtherrn, einem Bischof, weltlichen Fürsten oder dem König und Kaiser im Falle der Reichsstädte.

– Das Verhältnis zwischen der Reichsstadt sowie der Freien Stadt und dem Kaiser in dessen Eigenschaft (a) als Reichsoberhaupt auf der Grundlage des traditionalen Königtums und des Reichsherkommens, (b) als *advocatus ecclesiae* und *caput temporale Christianitatis* sowie (c) als römischer *Princeps* und *imperator modernus*.

Der Begriff der «Obrigkeit» (mhd. *oberkeit*) gewinnt im ausgehenden 15. Jahrhundert im Hinblick auf die Regierungsgewalt der städtischen Räte und diejenige des Kaisers eine neue Bedeutung. Bezeichnete der Ausdruck «Obrigkeit» bisher als Relationsbegriff das Verhältnis der unteren Gewalt zur höheren, wie es auch heißt der «unteren» zur «oberen Hand», so wird «Obrigkeit» nunmehr auch zum selbständigen Substanzbegriff verdichtet und als Abstraktum für den Inbegriff hoheitlicher Amtsgewalten gebraucht.

Die höchste Form der Abstraktion wird erreicht, wenn Kaiser Friedrich III., der eine passive Attitüde einnimmt, ostentativ bekundet, vom Reichkammerprokuratorfiskal belehrt worden zu sein, dass die Waldshuter Richtungen von 1468, zu der Herzog Sigmund von Tirol von den Eidgenossen genötigt worden sei, die kaiserliche Obrigkeit und den kaiserlichen Stand verletze, der rechtsgelehrte Fiskal sodann den Kaiser im Wege der Supplik anruft, dieser möge gegen die Eidgenossen den allgemeinen Frieden, seine kaiserliche Obrigkeit und seinen Gerichtszwang wahren und sodann in einer weiteren Supplik den Kaiser bittet, ihm in Ausübung seines Amtes als Fiskal, das ihn zur Durchsetzung der Rechte von Kaiser und Reich verpflichte, zu seinem Recht zu verhelfen und ein prozessuales Vorgehen zu ermöglichen. Dadurch wird der kaiserliche Inhaber in eine gewisse indifferente Distanz zu seiner dadurch rational überhöhten Obrigkeit gerückt[20].

[20] E. ISENMANN, *Kaiser, Reich und deutsche Nation am Ausgang des 15. Jahrhunderts*, in J. EHLERS (Hrsg.), *Ansätze und Diskontinuität deutscher Nationsbildung im Mittelalter* (Nationes, 8), Sigmaringen 1989, S. 239 f.; DERS., *Kaiserliche Obrigkeit, Reichsgewalt und*

## 1. *Die Herkunft städtischer Herrschafts- und Regierungsrechte*

Auf der Ebene der kommunalen Selbstregierung und Selbstverwaltung, die unter den Begriffen *iurisdictio, administratio, gubernatio, regimen, regiment, policey, ius magistratus* und *Obrigkeit* gefasst wird, erörtern für die Stadt tätige Juristen in Konsilien die städtischen Jurisdiktionsbefugnisse und daraus abgeleitet das Recht der Statutengebung[21] sowie das Recht der Steuererhebung (*ius fiscale*) und begründen ein Steuerstrafrecht auf gemeinrechtlicher Grundlage[22]. Gelegentlich nehmen Juristen Stadtbewohner und Bürger gegen Maßnahmen des Rats, die sie für rechtswidrig und tyrannisch erachten, in Schutz und verweisen auf den möglichen Rekurs beim königlichen Stadtherrn und auf dessen Strafgewalt gegenüber dem Rat[23].

*ständischer Untertanenverband. Untersuchungen zu Reichsdienst und Reichspolitik der Stände und Städte in der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts*, Habilitationsschrift, Tübingen 1983 (http://kups.ub.uni-koeln.de/volltexte/2008/2321/), S. 21-24. Eine Scheidung der abstrakten amtsrechtlichen «Obrigkeit» oder *Exusia* von der konkreten Person des «Oberherrn» und die mit einer solchen Unterscheidung eröffnete Möglichkeit, den Gehorsam gegenüber der Obrigkeit gegen die Person auszuspielen und gegen eine widerrechtlich handelnde Obrigkeit vorzugehen, lehnte der Nürnberger Ratsjurist Dr. Johann Müllner in einem Rechtsgutachten zur Frage des Widerstandsrechts gegen den Kaiser von 1531 als reines Wortgezänk und verdecktes «Schul-Gezänk des Concreti und Abstracti», als eine wenngleich gefährliche Gedankenspielerei der Müßigen ohne reale Fundierung ab. Hingegen sagten die Rechtsgelehrten, dass Oberherr und wirkliche Obrigkeit nicht gesondert seien und wie Körper und Seele zusammengehörten. Wer gegen die Obrigkeit handelt, der handelt zugleich gegen den Oberherrn und fällt in die Strafen der *lex Julia Maiestatis*, die dafür die Todesstrafe vorsieht, JOHANN CHRISTIAN LÜNIG, *Europaeische Staats-Consilia, oder curieuse Bedencken ...*, Leipzig 1715, Nr. IX, S. 39; E. ISENMANN, *Widerstandsrecht und Verfassung in Spätmittelalter und früher Neuzeit*, in H. NEUHAUS - B. STOLLBERG-RILINGER (Hrsg.), *Menschen und Strukturen in der Geschichte Alteuropas. Festschrift für Johannes Kunisch* (Historische Forschungen, 73), Berlin 2002, S. 54 f.

[21] E. ISENMANN, *Gesetzgebung und Gesetzgebungsrecht spätmittelalterlicher deutscher Städte*, in «Zeitschrift für Historische Forschung», 28, 2001, S. 1-94, 161-261, besonders S. 161-239.

[22] Staatsarchiv (künftig StA) Nürnberg, *Ratschlagbücher*, Nr. 3*, fol. 61r-64v, Nr. 2*, fol. 178v-184v; weitgehend ediert und besprochen bei E. ISENMANN, *Recht, Verfassung und Politik*, S. 172-187.

[23] Universitätsbibliothek Tübingen, Mc 63, fol. 172r-175v, StA Nürnberg, *Ratschlagbücher*, Nr. 3*, fol. 67r-70v; weitgehend ediert und besprochen bei E. ISENMANN, *«Liberale» Juristen? Zur Konsiliartätigkeit insbesondere Nürnberger Ratsjuristen im ausgehenden Mittelalter*, in F. FUCHS (Hrsg.), *Medizin, Jurisprudenz und Humanismus in Nürnberg um 1500* (Peutinger-Jahrbuch für Renaissance- und Humanismusforschung, 24), Wiesbaden 2010, S. 310-312.

Da die wesentlichen Herrschafts- und Regierungsrechte, Regalien sowie grundlegende Steuer- und Zollfreiheiten vom Stadtherrn verliehen sind und alle «Regierungsgewalt» von ihm herrührt[24], geht es darum, diese kommunalen Rechte trotz des Leihe- und Privilegiencharakters als relative Autonomierechte gegen Eingriffe des Stadtherrn, gegen Nichtbeachtung oder Revokation, juristisch abzusichern. Die Jurisdiktions- und Gesetzgebungsgewalt sowie das Besteuerungsrecht werden im Falle der Reichsstädte auf Verleihung, Privileg, Konzession oder *permissio* des Kaisers, aber auch auf Präskription durch lange oder unvordenkliche Gewohnheit und unangefochtene Ausübung gegründet. Dadurch ergibt sich ein unbezweifelbarer Rechtsbesitz, eine *quasipossessio*, doch lassen sich hinsichtlich der rechtmäßigen Ausübung gewisse Aufsichts- und Interventionsrechte des Stadtherrn, des *Superior* und der «oberen Hand», nicht beseitigen. Kaiserliche Eingriffe in Gerichtsbarkeit und Gesetzgebung werden jedoch, wenn sie nicht gerechtfertigt erscheinen, von Seiten der Stadt als Zerrüttung der kommunalen Ordnung und Verfassung erachtet[25]. Mit der Verteidigung der städtischen Autonomie beauftragte Juristen formulieren deshalb gegen die kaiserlichen Verfügungen und Mandate Einreden auf verschiedenen Rechtsgrundlagen.

## 2. *Die juristische Sicherung des kommunalen Privilegienrechts*

Der Geltungsschwäche der Privilegien, die grundsätzlich an Person und Lebenszeit des Privilegiengebers, der den Nachfolger nicht verpflichten kann – «par in parem non habet imperium» – gebunden sind, versuchen Rechtsgelehrte in Konsilien mit verschiedenen juristischen Ansatzpunkten abzuhelfen[26]. Zunächst gilt im Hinblick auf Auslegungsstreitigkeiten die unter Juristen unbestrittene Regel, dass Privilegien im weitesten Sinne, *large* und *largissime*, zu Gunsten des Empfängers und sogar zum Nachteil des Privilegiengebers zu interpretieren sind. Dem Abbruch und der

[24] Die schwäbischen und fränkischen Reichsstädte bekundeten 1481 auf dem Esslinger Städtetag, der Kaiser (König) sei ihr «einziger ordentlicher und rechter Herr», sie seien ihm eidlich hoch verpflichtet und hätten von ihm alle Regalien, Handfesten, Freiheiten und alle Regierungsgewalt («gewaltsame irer regierung»). E. ISENMANN, *Reichsstadt und Reich an der Wende vom späten Mittelalter zur frühen Neuzeit*, in J. ENGEL (Hrsg.), *Mittel und Wege früher Verfassungspolitik* (Spätmittelalter und Frühe Neuzeit, 9), Stuttgart 1979, S. 9-223, besonders 16-47, hier S. 41. Vgl. auch unten, Abschnitt X.

[25] Nürnberger Konsilium für Nördlingen, StA Nürnberg, *Ratschlagbücher*, Nr. 6*, fol. 169r-178r; E. ISENMANN, *Reichsrecht und Reichsverfassung*, S. 566-570.

[26] E. ISENMANN, *Recht, Verfassung und Politik*, S. 109-122, 134-156.

möglichen Neudisposition, die mit dem Herrscherwechsel drohen, wird zugunsten der Weitergeltung der Privilegien mit der erbrechtlichen Vorstellung begegnet, dass der Nachfolger des verstorbenen Herrschers durch Universalsukzession in alle Rechte und Pflichten des Vorgängers eintrete. Ferner würden im Falle der Städte die Privilegien mit dauerhafter Geltung einer unsterblichen Korporation verliehen; und schließlich konnten Privilegien als Schenkung (*donatio*) aufgefasst werden.

Im Falle der Nichtbeachtung eines Neutralitätsprivilegs der Stadt Nürnberg durch Kaiser Friedrich III. im Jahre 1464 fand ein Ratsjurist eine weitere Problemlösung, indem er durch eine bestimmte, für die Privilegserteilung ursächliche Leistung der Stadt für den Kaiser die Rechtsnatur des Privilegs tangiert und das Privileg in eine andere Rechtsform transferiert erachtete, weil die Leistung über das dem Herrscher geschuldete Maß hinausgegangen sei. Das Privileg im Sinne einer einseitigen Manifestation reiner herrscherlicher *liberalitas* und eines Aktes des herrscherlichen *animus donandi* wird im Hinblick auf das rechtlich nicht geschuldete Übermaß der empfangenen städtischen Leistung in den Zusammenhang eines substantiellen Leistungsaustausches gerückt und erhält dadurch den Charakter eines nicht revozierbaren *ius quaesitum*. Andererseits wird das Privileg durch einen derartigen Leistungsaustausch Bestandteil eines natur- und völkerrechtlich geschützten Vertrags, sodass der Kaiser innerhalb des Vertragsverhältnisses juristisch nur noch als Vertragspartner mit der Eigenschaft einer amtslosen Privatperson figuriert und als solcher das Privileg nicht durch einseitige Willenserklärung aufheben kann[27].

### 3. *Kommunales Gesetzgebungsrecht*

Rechtsgelehrte der Kölner Universität und Nürnberger Ratsjuristen stärkten korporative Rechte unterer Gewalten, indem sie sowohl für Reichsstädte als auch für landesherrliche Städte ein von Wissen, Willen und Konfirmation des Oberen unabhängiges Gesetzgebungs- und Verordnungsrecht begründeten[28]. Dabei stützten sie sich auf die im 14. Jahrhundert namentlich von Bartolus und Baldus entwickelten Konzepte oder Theorien des Rechts zur Statutengebung. Die *potestas condendi statuta* war demnach Ausfluss der hohen und niederen Gerichtsbarkeit, des *merum et mixtum imperium*, oder beruhte auf einer Erlaubnis zur Gesetzgebung, der dem Volk durch den Kaiser erteilten *permissio*, wie sie im römischen Recht

[27] *Ibidem*, S. 143-156.

[28] E. Isenmann, *Gesetzgebung und Gesetzgebungsrecht*, S. 162-239.

der *lex Omnes populi* (*Dig.* 1.1.9) und von den Glossatoren in der näheren Vergangenheit als kaiserliche Konzession dem Konstanzer Frieden zwischen Kaiser Friedrich Barbarossa und den lombardischen Städten von 1183 entnommen wurde. Die hauptsächlich die Konzeption der *iurisdictio* bevorzugenden deutschen Juristen unterschieden zwischen dem Erlass eines *statutum*, der die Jurisdiktionsgewalt des *merum et mixtum imperium* voraussetzte und auf einem Akt der verallgemeinerungsfähigen gerichtlichen *decisio* beruhte, und der rechtsgeschäftlichen, vertraglichen *conventio*, die einen Akt bloßer, sich in der unmittelbaren Zwecksetzung erschöpfender *administratio* darstellte und der deutschrechtlichen «Willkür» oder «Satzung» entsprach.

Das *merum et mixtum imperium* als Jurisdiktions- und Gesetzgebungsgewalt und zugleich als Inbegriff der Herrschaftsgewalt konnte Städten vom Kaiser als Privileg verliehen oder ohne Rechtsverleihung, damit wurde juristisch der Rechtsbesitz gegenüber dem Herrscher gesichert, durch ungestörten Gebrauch seit unvordenklicher Zeit als Gewohnheit ersessen sein. Ein Gutachter für den Nürnberger Rat machte mit dieser Begründung Einwendungen gegen ein kaiserliches Gebot geltend, das dem Nürnberger Rat befohlen hatte, ein neues prozessuales Statut, das Juden bei Schuldklagen beweisrechtlich benachteiligte, im Statutenbuch wieder zu streichen. Der Rat selbst begründete in seiner Stadtrechtsreformation von 1479 seine Gesetzgebungsbefugnis sowohl objektiv mit dem gemeinen Recht – entsprechend der rechtswissenschaftlichen Theorie der im römischen Recht enthaltenen *permissio* – als auch subjektiv mit der kaiserlichen und königlichen Privilegierung (*freyhait*), daraus resultierend mit seiner «Obrigkeit und Regierungsgewalt» (*oberkait und regiment*), die man im Lateinischen *ius magistratus* nenne[29].

Im Zusammenhang mit der städtischen Gesetzgebung und der Unterscheidung von friedens- und ordnungsrechtlichen Satzungen, die gegenständlich die *causae minores* betrafen, und Regelungen im privatrechtlichen Bereich von Eigentum, Erbe und Familie als *causae maiores* erfolgte ein Rückgriff auf die Unterscheidung von *ius publicum* und *ius privatum* im römischen Recht, die sich einmal auf die Ordnung des Gemeinwesens und das öffentliche Interesse, zum anderen auf die *utilitas singulorum*, die Interessen und den Nutzen der einzelnen Privatpersonen, bezieht[30].

[29] *Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands*, 1. Halbbd.: *Ältere Stadtrechtsreformationen*, eingeleitet und erläutert von W. KUNKEL, Weimar 1936, S. 3.

[30] *Inst.* 1.1.4; *Dig.* 1.1.1.2. E. ISENMANN, *Gesetzgebung und Gesetzgebungsrecht*, S. 46-48.

## 4. *Satzungsautonomie und kommunales Selbstverwaltungsrecht*

Für Territorialstädte mit nur eingeschränkter Jurisdiktionsgewalt und für weitere, engere und subordinierte Korporationen, approbierte *universitates* wie Domkapitel, Zünfte und Vereinigungen (*societates*) der Kaufleute, wurde zumindest ein Recht auf den Abschluss von *conventiones*, unter den Korporationsmitgliedern geltende Satzungen, in Angelegenheiten der je eigenen *res publica* und ihrer *negotia* herausgestellt, vorausgesetzt, die *conventiones* beeinträchtigten nicht Rechte des Oberen. Gestützt auf Baldus, der den *populus* und sein inhärentes *regimen* zum Bestandteil des *ius gentium* macht, wurde diese Befugnis von den Kölner Rechtsgelehrten in einem Gutachten für die niederrheinische Territorialstadt Wesel sogar letztlich unanfechtbar im *ius gentium* und *ius naturale* verankert. Die Juristen legten mit umfassender Argumentation dar, dass Rat und Bürgerschaft zwar nicht Statuten im Sinne von allgemeinen Gesetzen machen konnten, dass sie aber befugt waren, auf dem Wege von Satzungen das zu regeln, was ihre höchsteigenen Angelegenheiten und Belange sowie die Verwaltung des kommunalen Vermögens zugunsten des Wohls und des Nutzens der Gemeinschaft und der Bürger betraf, und zwar ohne die Zustimmung oder Bestätigung der übergeordneten Stadt- und Landesherrn einholen zu müssen.

Dieses Recht kommt nach Auffassung der Juristen der Gemeinschaft originär zu. Es bedarf als Kompetenz keiner Ermächtigung und in der Ausübung keiner Bestätigung durch die höhere Gewalt. Niemand kann den Bürgern verbieten, in ihren unmittelbar nur sie betreffenden Belangen Satzungen zu machen. Die Kölner Juristen rücken dieses autonome Verwaltungs- und Satzungsrecht, gestützt auf die Lehre des Baldus vom inhärenten autonomen Rechtsetzungsrecht des *populus*[31], in den Bereich der dem Gesetz gleichzuachtenden natürlichen Vernunft und des Naturrechts und machen es auf diese Weise für die höhere Gewalt unantastbar und unverfügbar[32].

Mainzer und wiederum Kölner Juristen vollzogen auch den ergänzenden Schritt, indem sie wenig später in einem anderen Fall, in dem ein bischöflicher Stadtherr das Recht der Anwesenheit bei der kommunalen Rechnungslegung beanspruchte, das kommunale Selbstverwaltungsrecht nunmehr auch im engeren Sinne der Autokephalie gegen Einmischungen

[31] J.P. CANNING, *The Political Thought of Baldus de Ubaldis*, Cambridge 1987, S. 104-108.

[32] E. ISENMANN, *Gesetzgebung und Gesetzgebungsrecht*, S. 201-203.

des Stadtherrn begründeten[33]. Jede Stadt, so wird argumentiert, darf gewisse Güter, Rechte und gemeinsame Sachen haben, über die sie die gemeinsame Herrschaft ausübt, und zwar an Stelle der Einzelpersonen. Gewählte Administratoren, die nicht der Bestätigung durch den Stadtherrn bedürfen, können *pro necessitate communi* eine Beisteuer (*collecta*) erheben und daraus einen Fonds (*bursa*) bilden, im Namen der Stadt diese Vermögen verwalten und Prozesse im Interesse der Stadt führen. Die Administratoren sind zwar verpflichtet, über ihre Rechnungslegung Bücher zu führen, nicht jedoch, den Stadtherrn zur Rechnungslegung beizuziehen, denn sie verwalten nicht die Güter und das Vermögen des Stadtherrn, sondern diejenigen der Stadt und ihrer Gemeinschaft (*communitas*). Der Stadtherr kann zwar die Jurisdiktions- und Herrschaftsgewalt in der Stadt ausüben, er ist aber nicht zugleich Eigentümer (*dominus*) der Sachen, Einkünfte und Geldmittel der Stadt.

Mit Fug und Recht kann gesagt werden, dass zwischen 1460 und 1480 Juristen im Auftrag von Städten, indem sie einschlägige italienische Kommentatorenlehren des Bartolus und Baldus rezipierten, in Deutschland zum ersten Mal die Satzungsautonomie und das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden, eine Selbstverwaltung ohne Ermächtigung und Konzessionierung durch den Oberen (*superior*), rechtsgedanklich und zugleich universal begründeten.

## IV. Verfassungsdenken des 15. Jahrhunderts im Zeichen einer Reichsreform

Die juristische Lehre von der *plenitudo potestatis* und *absoluta potestas* des Kaisers in den Konsilien steht in einem weiteren Zusammenhang mit herkömmlichen Verfassungstatbeständen und bedarf einer Einordnung in die Grundzüge der widersprüchlichen Verfassungsdiskussion im Reich. Mit den Reformkonzilien in Konstanz (1414-1418) und Basel (1431-1444) wurde der Gedanke einer Reform des römisch-deutschen Reichs in Analogie (*par ratio*) zur Kirchenreform verbunden[34] und erhielten die

[33] Zum Folgenden siehe E. Isenmann, *Zur Modernität der kommunalen Welt des Mittelalters*, in «Geschichte in Köln», 52, 2005, S. 93-104.

[34] Nikolaus von Kues geht von einer *catholica ecclesia* aus, die sowohl die körperlich-weltliche als auch die priesterlich-geistliche Hierarchie umfasst, und spricht von Übereinstimmungen wie von Unterschieden hinsichtlich der beiden höchsten Gewalten. Nicolai de Cusa, *De Concordantia Catholica libri tres* (künftig *CC*), ed. G. Kallen (Opera omnia, Bd. XIV), Hamburg 1963, lib. III, cap. 1, Nr. 293, S. 327 f. Neuerdings siehe J. Verger, *Le*

Bemühungen um eine Reform der Verfassungsverhältnisse im Reich einen ersten Impuls, bis sich seit der Initiative Kaiser Sigmunds von 1434 die Reformbestrebungen aus dieser Verknüpfung lösten und stärker auf die innere Friedensproblematik und die institutionellen Defizite des Reichs konzentrierten, allerdings nach 1453 mit der Frage des Türkenkrieges in einen Zusammenhang gebracht wurden. Mit dem Gesetzespaket von Fehdeverbot und Ewigem Landfrieden, der Reform des kaiserlichen Kammergerichts, der Exekutionsordnung und der allgemeinen Reichssteuer des «Gemeinen Pfennigs» auf dem Wormser Reichtag von 1495 fand die mehrere Generationen zurückreichende Reformdiskussion einen ersten, die Verfassung des alten Reichs prägenden Abschluss. Das Reich ist durch diese Reformgesetzgebung nicht zu einem modernen Staat geworden, hat aber an Staatlichkeit gewonnen[35]. Die Reformdiskussion vor allem um die Mitte des 15. Jahrhunderts stellte neben den Erörterungen der Juristen in ihren Konsilien prägnante Konzepte, Theoreme und Begriffe der Verfassung als der öffentlichen Ordnung und des öffentlichen Rechts bereit.

## 1. *«Officium publicum» und «persona publica» – Amt und Delegation*

Der Kaiser ist, wie der Richter, eine *persona publica* im Unterschied zur amtslosen *persona privata* oder *singularis* (mhd. *sonderliche/einzelige person*)[36]. Alle Könige und Kaiser haben, wie Nikolaus von Kues in seiner

*transfert de modèles d'organisation de l'Église à l'État à la fin du Moyen Âge*, in J.-Ph. GENET - B. VINCENT (Hrsg.), *État et Église dans la genèse de l'État moderne* (Bibliothèque de la Casa de Velasquez, 1), Madrid 1986, S. 31-40; J. COLEMAN, *The Interrelationship between Church and State during the Conciliar Period: Theory and Practise, ibidem*, S. 41-54; H. BOOCKMANN, *Über den Zusammenhang von Reichsreform und Kirchenreform*, in I. HLAVÁCEK - A. PATSCHOVSKY (Hrsg.), *Reform von Kirche und Reich zur Zeit der Konzilien von Konstanz (1414-1418), Basel (1431-1449)*, Konstanz 1996, S. 203-214; eingehend am Beispiel des Reichstags J. HELMRATH, *«Geistlich und werntlich». Zur Beziehung von Konzilien und Reichsversammlungen im 15. Jahrhundert*, in P. MORAW (Hrsg.), *Deutscher Königshof, Hoftag und Reichstag im späten Mittelalter* (Vorträge und Forschungen, 48), Stuttgart 2002, S. 477-517.

[35] Zu dem, was im Mittelalter funktional «staatlich» genannt werden kann, siehe E. ISENMANN, Art. *Staat*, in *Lexikon des Mittelalters*, Bd. 7, 1995, Sp. 2151-2156.

[36] Innerhalb eines eingegangenen Vertragsverhältnisses figuriert der Kaiser lediglich als *persona privata* und kann von seinen amtsrechtlichen Herrschaftsbefugnissen keinen Gebrauch machen; E. ISENMANN, *Recht, Verfassung und Politik*, S. 150-153. In der Diskussion um ein Widerstandsrecht gegen den Kaiser wird 1531 die Auffassung vertreten, dass der Kaiser bei Verletzung seiner Amtspflichten nur noch als amtslose Privatperson handle; StA Nürnberg, Ratschlagbücher, Nr. 24, fol. 359r-375r; hier 364r; E. ISENMANN, *Widerstandsrecht und Verfassung*, S. 67 f.

*Concordantia catholica* von 1433 schreibt, ein öffentliches Amt (*officium publicum*) zur Verwirklichung der *utilitas publica*, die substantiell im Frieden besteht, der durch Gerechtigkeit und gerechte Gewaltausübung hergestellt wird und die Untertanen zu ihrem Seelenheil als ewigem Ziel hinführen soll[37]. Das aus rationalen rechtlichen Elementen bestehende Verfassungsideal des Cusanus und seine historischen und normativen Betrachtungen über die Fehlentwicklungen und Verfallserscheinungen der Reichsverfassung, die hauptsächlich in einem Machtzuwachs der Fürsten auf Kosten des Königs und Kaisers und einem dadurch eingetretenen Verlust an früherer durchgehender Gemeinwohlorientierung[38] bestehen, liegt in römischer, sodann in karolingischer, vornehmlich ottonischer, salischer und staufischer Zeit[39]. Cusanus fixiert zeitlich nur vage die von ihm dargelegten Entwicklungsmomente. Wenn Cusa von der Einsetzung der fürstlichen, herzoglichen und gräflichen Amtsträger in der ottonischen Vergangenheit – trotz des Leihe- und Lehnscharakters – wie in öffentliche Ämter (*officia publica*) durch kaiserlichen Befehl, von ihrer Abberufung *ad nutum* des Kaisers und hinsichtlich ihres Dienstes (*ministerium*) von ihrer Rechenschaftspflicht gegenüber der öffentlichen Staatskasse (*aerarium publicum*) spricht, steigert er die lehnrechtliche Amtleihe in die Richtung der römischrechtlichen oder kirchenrechtlich-kanonistischen Delegation und gewinnt damit aus der so konzipierten Vergangenheit gegen den in seiner Gegenwart herrschenden Allodialismus den Anschluss an ein ratio-

[37] «Omnis enim rex et imperator habet officium publicum ad publicam utilitatem ordinatum. Publica vero utilitas est pax, ad quam ordinantur iustitia et iusta proelia. Principium autem pacis est ad finem aeternum dirigere subditos, et media illum pertingendi sunt sacra instituta religionum»; CUSA, *CC* III, cap. 7, Nr. 348, S. 359 f. Zum Begriff des Gemeinwohls im Hinblick auf die Reichsverfassung siehe E. SCHUBERT, *König und Reich. Studien zur spätmittelalterlichen deutschen Verfassungsgeschichte* (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Geschichte, 63), Göttingen 1979, S. 282-285; E. ISENMANN, *Integrations- und Konsolidierungsprobleme der Reichsordnung in der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts*, in F. SEIBT - W. EBERHARD (Hrsg.), *Europa 1500. Integrationsprozesse im Widerstreit: Staaten, Regionen, Personenverbände, Christenheit*, Stuttgart 1986, S. 120-126; mit der neueren allgemeineren Literatur E. ISENMANN, *The Notion of the Common Good, the Concept of Politics, and Practical Policies in Late Medieval and Early Modern German Cities*, in E. LECUPPRE-DESJARDIN - A.-L. VAN BRUAENE (Hrsg.), *De bono Communi. The Discourse and Practice of the Common Good in the European City (13th-16th c.) / Discours et pratique du Bien Commun dans les villes d'Europe (XIIIe au XVIe siècle)*, [Studies in European Urban History (1100-1800), 22] Turnhout 2010, S. 107-148.

[38] «Et cuncta tendebant ad publicam utilitatem», CUSA, *CC* III, cap. 28, Nr. 495, S. 432.

[39] Vgl. E. MEUTHEN, *Nikolaus von Kues und die Geschichte*, in M. BODEWIG u.a. (Hrsg.), *Das Menschenbild des Nikolaus von Kues und der christliche Humanismus* (Mitteilungen und Forschungen der Cusanus-Gesellschaft, 13), Trier 1978, S. 234-253.

nales und objektiviertes, modernes Amtsverständnis, das ohne Weiteres und ohne Begründung einen Widerruf der delegierten Amtsgewalt zulässt und eine eigenberechtigte feudale Nutzung des Amtes ausschließt[40].

## 2. *Pluralität der Herrschaftsgewalten und Alleinherrschaft (Monarchie)*

Der Scheideweg, an dem sich die weitere Entwicklung der spätmittelalterlichen Reichsverfassung befand, markiert am prägnantesten die

[40] «Ordinabantur etiam tunc principes, duces et comites constitui debere tamquam officia publica imperiali iussione habentes, ad nutum removibiles, rationem sui ministerii aerario publico reddentes», CUSA, *CC* III, cap. 28, Nr. 491, S. 430. Über die Notwendigkeit, dass es nur eine einzige oberste Regierungsgewalt gebe oder eine oberste, auf die alle übrigen Gewalten zurückzuführen sind, siehe MARSILIUS VON PADUA, *Defensor pacis*, Tl. I, cap. XVII. Eine Delegationskette hatte bereits das erste Straßburger Stadtrecht vom ausgehenden 12. Jahrhundert hergestellt: «Omnes magistratus huius civitatis ad episcopi spectant potestatem, ita quod vel ipsemet eos instituet vel illi quos ipse statuit. Maiores enim ordinabunt minores, prout sibi subiecti sunt», F. KEUTGEN, *Urkunden zur städtischen Verfassungsgeschichte*, Berlin 1901, ND Aalen 1965, Nr. 126, S. 93. Eine wichtige Bedeutung kam in der Reichsverfassung der gerichtlichen Bannleihe als einem Institut einheimischer Rechtsgewohnheit zu, das der römischrechtlichen Delegation verwandt erscheinen konnte. Bereits Kaiser Friedrich Barbarossa hatte auf der Versammlung bei Roncaglia 1158 durch gelehrte Juristen aus Bologna den jurisdiktionellen Delegationszusammenhang in einer *lex Omnis iurisdictio* festlegen lassen, indem jede Gerichtsgewalt, jede *iurisdictio* und jeder *districtus*, vom Princeps abgeleitet wird und die durch Amtseid an ihn gebundenen Richter von diesem die *administratio* erhalten, *DDF. I,2*, Nr. 238. Zum Verhältnis dieser dem römischen Recht (Nov. 8) nachgebildeten *lex* zur Bannleihe des deutschen Rechts siehe D. WILLOWEIT, *Rezeption und Staatsbildung im Mittelalter*, Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages Frankfurt am Main 1986, 22. bis 26. September 1986 (Ius commune, Sonderheft 30), Frankfurt a.M. 1987, S. 21-28. Zur *lex Omnis iurisdictio* siehe ihr Wiederentdecker V. COLORNI, *Die drei verschollenen Gesetze des Reichstages bei Roncaglia wieder aufgefunden in einer Pariser Handschrift (Bibl. Nat. Cod. Lat. 4677)*, (Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, NF 12), Aalen 1969, S. 26, 28-33; D. QUAGLIONI, *Il diritto comune e le leggi di Roncaglia. Nuove testimonianze sulla l. «Omnis iurisdictio»*, in G. DILCHER - D. QUAGILIONI (Hrsg.), *Gli inizi del diritto pubblico. L'età di Federico Barbarossa: legislazione e scienza del diritto / Die Anfänge des öffentlichen Rechts. Gesetzgebung im Zeitalter Friedrich Barbarossas und das Gelehrte Recht* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Contributi/Beiträge, 19), Bologna - Berlin 2007, S. 47-65. Zur Delegation von Amtsgewalten siehe auch O. HAGENEDER, *Die Übernahme kanonistischer Rechtsformen im Norden*, in S. DE RACHEWILTZ - J. RIEDMANN (Hrsg.), *Kommunikation und Mobilität im Mittelalter. Begegnungen zwischen dem Süden und der Mitte Europas (11.-14. Jahrhundert)*, Sigmaringen 1995, S. 253-255. Jean Bodin erläutert den zentralen Gedanken der Widerrufbarkeit delegierter Amtsbefugnisse unter anderem mit dem *precarium* (*Dig.* 41.2.36), der Überlassung eines Eigentums oder eines anderen Rechts auf beliebigen Widerruf; JEAN BODIN, *Les six Livres de la République*, l. I, Kap. 8, Éd. Paris 1583, ND Aalen 1961, S. 122; vgl. *Dig.* 43,26,6 (S. 125).

Reformdiskussion in den Jahrzehnten um die Mitte des 15. Jahrhunderts, die ein Vexierbild von unaufgelösten, koexistierenden Widersprüchen zum Vorschein brachte[41].

Wurde König Friedrich III. nach seiner Wahl 1440 von dem Orator des Kurfürsten von Mainz topisch als «caput temporale, monarcha et patricius orbis, pater omnium, deus terrestris, princeps victoriosissimus, lex animata und publica persona (et adeo publica ..., ut fere nulla a tua jurisdictione excepta reperiatur persona)» angesprochen[42], so konstatierte gut zehn Jahre später der ehemalige königliche Sekretär und damalige Bischof von Siena Aeneas Silvius de Piccolominibus angesichts der fortdauernden Friedlosigkeit im Reich, dass der Kaiser keinen Gehorsam finden könne. Der Kaiser war seiner Auffassung nach gegenwärtig kein *unus princeps* (mhd. *einiger fürst*) oder *monarcha*, da im Reich, wie er bereits in seiner *Germania* von 1440 dargelegt hatte, eine von den Staatsphilosophen abgelehnte *pluralitas principum* herrsche[43], wofür Aeneas Silvius – wie Antonius de Rosellis, Nikolaus von Kues und andere – eine Sentenz der *Metaphysik* (XII, 10) des Aristoteles[44] bemühte. Bereits der Orator des Kurfürsten von Köln hatte sich 1440 in seiner Ansprache an den zum König Gewählten auf Aristoteles mit den Worten bezogen, «pluralitas principum mala, sit ergo unus princeps»[45]. Nikolaus von Kues ging allerdings von Repräsentationsideen und von einer konsensuellen Gesetzgebung und von spezifisch exekutiven Aufgaben des Herrschers, der Durchsetzung der Gesetze und des Schutzes, aus und gab der Sentenz dadurch eine

[41] Zum Folgenden mit weiterer Literatur und weiteren Quellenbelegen E. ISENMANN, *Der römisch-deutsche König und «imperator modernus»*, S. 15-35; DERS., *König oder Monarch?*, S. 75-83.

[42] *Deutsche Reichstagsakten unter Kaiser Friedrich III.*, erste Abt., 1440-1441, hrsg. von H. HERRE (Deutsche Reichstagsakten, 15), Gotha 1914, Nr. 106, S. 184. Zur Erörterung derartiger Formeln und Parömien sowie der kaiserlichen *potestas absoluta*, ihrer neuen verfassungsrechtlichen Interpretation und der Einordnung des Reichs in die Staatsformen um 1530, 1547 und 1632 in Konsilien siehe E. ISENMANN, *Widerstandsrecht und Verfassung*, S. 67 f.; DERS., *Reichsrecht und Reichsverfassung*, S. 614-617.

[43] ENEA SILVIO PICCOLOMINI, *Deutschland. Der Brieftraktat an Martin Mayer*, übersetzt und hrsg. von A. SCHMIDT (Geschichtsschreiber der deutschen Vorzeit, 104), Köln - Graz 1962, S. 121 ff.; *Opera omnia*, Basileae 1555, ND Frankfurt a.M. 1967, S. 1061.

[44] «Entia vero non volunt disponi male, nec bonum pluralitas principatuum. Unus ergo princeps», ARISTOTELES, *Metaphysica Libri I-XIV, recensio et translatio Guillelmi de Moerbeka*, ed. G. VUILLEMIEN-DIEM (Aristoteles Latinus XXV 3,2), Leiden - New York - Köln 1995: XII 10 ($1075^b$ 35-$1076^a$ 2).

[45] *Deutsche Reichstagsakten unter Kaiser Friedrich III.* (Deutsche Reichstagsakten, 15); Nr. 107, S. 187.

partiell gewaltenteilige Richtung[46]. Für den kaiserlichen Fiskal, der von Amts wegen mit prozessualen Mitteln die Rechte von Kaiser und Reich zu wahren hatte, war der Kaiser hingegen im Verfassungsleben durchaus ein *unus princeps* mit entsprechender Rechtsmacht.

Während Aeneas Silvius die Pluralität von Herrschenden als etwas Verfassungspathologisches ablehnte und von Rechts wegen für das Reich einen Alleinherrscher forderte, der in der Lage war, zu befehlen und für seine Befehle den Gehorsam zu erzwingen – «qui et iubere possit et cogere»[47] – und schon früher die dem Kaiser an sich eignende *summa potestas* und

[46] «Oportet autem principantem unum esse multis ex causis, etiam si ipse principatus ex pluribus heroicis viris unitus et compactus foret. Alioquin confusio exoriretur, quando in principando plures concurrerent, et confunderetur ordo, quando subiecti cui oboedire nescirent. Pluralitas igitur principum mala, quoniam unum oportet principantem esse, ad quem ultimo secure recurratur», CUSA, *CC* III, Nr. 282, S. 321; vgl. auch Nr. 503, S. 436. Nikolaus von Kues, der den Kaiser an die Gesetze bindet (*CC* III, cap. 41, S. 470 f.) und ihn als «administrator in utilitatem rei publicae» bezeichnet (*CC* III, cap. 30, S. 435), nennt es eine Aufgabe des Regenten, zu allgemeinen Belangen des Gemeinwesens einvernehmlich («per concordiam») in der Versammlung («in concilio») von Würdenträgern beider Stände Gesetze zu erlassen. Der König vollzieht das beschlossene Gesetz als Exekutor, so wie die Untertanen die königliche Gewalt geregelt wissen wollen. Er kann das Gesetz in Zweifelsfällen im Hinblick auf das *bonum publicum* und zur Verwirklichung der Gerechtigkeit nach Billigkeit («epikeia») auslegen und von ihm dispensieren, nicht aber darf er es unabhängig von der Versammlung, in dem es erlassen wurde, aufheben. Er kann aber erklären, dass der Gesetzeszweck («ratio legis») den vorliegenden Fall überhaupt nicht erfasse, CUSA, *CC* III, cap. 12, S. 375; zu dem mit auftragsgebundener *potestas* ausgestatteten «exercitium executivum» vgl. *CC* II, cap. 13, 11. Zur konsensuellen Gesetzgebung auf allgemeinen Reichsversammlungen siehe *CC* III, Nr. 472, S. 422. Zu *CC* III, cap. 12 siehe eingehend C. SCHOTT, *Per epikeiam virtutem. Zur Rechtsbefugnis des Kaisers bei Nikolaus von Kues*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung», 94, 1977, S. 47-72. Aeneas Silvius bezeichnet in seiner monarchischen Lehre die Epikie als «summa potestas», die untrennbar mit dem «summus princeps» verbunden ist und die durch menschliche Beschlüsse nicht beseitigt werden kann. Der Satz, dass ein Gesetz gehalten werden müsse, auch wenn es hart sei, gilt nur für die unteren Richter, nicht für den Cäsar, bei dem die Epikie genannte Gewalt liegt, Gesetze zu mildern. Der Cäsar darf von ihr aber keinesfalls ohne gewichtigen und dringenden Grund Gebrauch machen. AENEAS SILVIUS, *Epistola de ortu et auctoritate imperii Romani*, in G. KALLEN (Hrsg.), *Aeneas Silvius Piccolomini als Publizist in der Epistola de ortu et auctoritate imperii Romani* (Veröffentlichungen des Petrarca-Hauses, Abhandlungen 4), Köln 1939 [Text und deutsche Übersetzung], S. 86, 88.

[47] Rede des Dr. Johann von Lysura auf dem Regenburger Tag von 1453 in der von Aeneas Silvius seinen eigenen Vorstellungen angepassten Überlieferung. *Deutsche Reichstagsakten unter Kaiser Friedrich III.* (Deutsche Reichstagsakten, 19,1), S. 243. In seiner *Epistola de ortu et auctoritate imperii Romani* (S. 58) spricht Aeneas Silvius begrifflich vom «unus principatus», das die Griechen «Monarchie» nannten und das in Nachfolge der Römer «imperium» genannt werde.

*summa auctoritas* hervorhob, die durch das Hinzutreten der Kurfürsten nicht zuletzt aus begrifflichen Gründen nicht voller werde[48], zielte der Erzbischof von Trier Jakob von Sierck, beraten von Dr. Johannes von Lysura (Lieser), bei ähnlichem Befund in eine völlig andere verfassungspolitische Richtung. Aufgrund des Reichsherkommens mit Königswahl, Kurvereinen und einer von den Kurfürsten beanspruchten Aufsicht über die Reichsregierung des Königs wollte der Erzbischof und Kurfürst die Mitregierung der Kurfürsten in einem kaiserlich-kurfürstlichen Reichsrat institutionalisieren und dadurch die Autorität sowohl des Kaisers als auch der Kurfürsten stärken.

Der Trierer Erzbischof erläutert in einer Reformschrift die im Reich bestehende Pluralität der Herrschaftsgewalten am Beispiel der zurückliegenden päpstlichen Obödienzkrisen, zuletzt derjenigen während des Basler Konzils. Die deutsche Nation werde für gewöhnlich unter viele Herren und Obödienzen (*gehoirsamkeiten*) aufgeteilt und könne nicht unter einer einzigen Obödienz gehalten werden wie andere Nationen, die, wie der verfassungsrechtliche Zentralbegriff lautet, ihre «einigen Könige», d.h. Monarchen, hätten[49]. In einer reichspolitisch singulären Formulie-

[48] «Tanta est enim in cesare potestas sine principibus, quanta cum ipsis. Amat enim unitatem suprema potestas suaque sponte ex multitudine fugit ad unum. Cumque in cesare summa potestas sit summaque auctoritas plenitudo, nil est, quod adjunctis principibus auctoritas accedat, quoniam neque summo addici quicquam potest neque plenum potest effici plenius», AENEAS SILVIUS, *Epistola de ortu et auctoritate imperii Romani*, S. 90, 92 (1445). Der Paduaner Rechtsprofessor Dr. Antonius de Rosellis geht in seinem Gutachten für den Nürnberger Rat, das er 1444 zum Depositionsprivileg der Stadt hinsichtlich der Reichsheiltümer von 1424 erstattete, zwar davon aus, dass die Kurfürsten «pars corporis principis» seien, hält aber fest, «quod id, quod facit solus princeps, ualeat et obtineat, quia omnis potestas fuit translata in principem»; E. ISENMANN, *Reichsrecht und Reichsverfassung*, S. 598 f. (mit den Allegationen).

[49] L. WEINRICH (Hrsg.), *Quellen zur Reichsreform im Spätmittelalter* (Ausgewählte Quellen zur deutschen Geschichte des Mittelalters, 39), Darmstadt 2001, Nr. 33, S. 303. Ähnlich äußert sich sehr viel später noch der päpstliche Legat Raimund Peraudi in einem Bericht vom 11. Juli 1489 für Papst Innocenz VIII. über die kirchenpolitische Lage im Reich und seine Verhandlungen mit den Reichsständen auf dem Frankfurter Reichstag. Im Gegensatz zu den Franzosen, Spaniern, Ungarn und Engländern besäßen die Deutschen kein Oberhaupt, dessen Entscheidungen und Autorität sich alle «tanquam membra» beugten. «... quot sunt hi principes, tot sunt capita, tot voluntates, et quilibet vel quantumcumque pauper in sua patria dominari vult». Wenn deshalb der Apostolische Stuhl Schwierigkeiten habe, den Kaiser und den Römischen König in seiner Obödienz zu halten, so brauche er nur Verbindung mit anderen deutschen Fürsten aufzunehmen und diese für sich zu gewinnen; seien doch nicht allein die deutschen Landesfürsten meistens anderer Meinung als Kaiser und König, *Deutsche Reichstagsakten. Mittlere Reihe*, Bd. III/2, bearb. von E. BOCK, Göttingen 1973, Nr. 280, S. 1085.

rung wird der Monarch dadurch definiert, dass dem «einigen König», dem *unus princeps*, jedermann, und zwar in sämtlichen Angelegenheiten, gehorchen müsse[50], was eine entsprechende Befehlsgewalt voraussetzt. Der Paduaner Rechtsgelehrte Dr. iur. utr. Antonius de Rosellis, der für mehrere deutsche Klienten Konsilien erstattete, definiert in seiner in zweiter Fassung Friedrich III. dedizierten *Monarchia* den *monarcha* als denjenigen, dem alle gehorchen müssen und der auf alle Zwang ausüben kann, der vor allem auch über alle urteilt.[51] Die Befehls- und Zwangsgewalt und die höchste weltliche Jurisdiktion machen, wie dies auch Aeneas Silvius darlegt, die höchste Gewalt aus[52]. Das höchste richterliche *imperium* ist – ähnlich Bodins Souveränität – unteilbar und unveräußerlich[53]. Der Jurist Dr. Martin Mair hielt indessen dem Kaiser zur gleichen Zeit zur Warnung in einer scharfsinnig zu Ende gedachten Analyse vor, dass angesichts der wachsenden Selbstorganisation des Reichs durch zwischenständische Einungen und Schiedsgerichte die Gefahr drohe, dass die nicht in Erscheinung tretende kaiserliche Gewalt schließlich völlig obsolet werde[54].

Ungeachtet dieser verfassungstheoretischen und auf dem Herkommen beruhenden verfassungsrechtlichen Widersprüche war die Regierungsweise

[50] L. WEINRICH, *Quellen zur Reichsreform*, Nr. 33, S. 303.

[51] ANTONIUS DE ROSELLIS, *Monarchia, siue Tractatus, de potestate imperatoris et papae*, pars I, cap. VI, in MELCHIOR GOLDAST (Hrsg.), *Monarchia s. Romani imperii*, Tomus I, Hanoviae 1611, ND Graz 1960, S. 255.

[52] Aeneas Silvius fasst, an den als *divus cesar* apostrophierten König Friedrich III. gewandt, dessen «suprema potestas» 1445 in ihren einzelnen Elementen zusammen und begründet dessen «admirabilis auctoritas» folgendermaßen: «cum nemo in temporalibus tibi presit, et tu omnes precellas, cum nemo sit, qui tuum in temporalibus refugere possit imperium, et tuum sit omnibus imperare, cum nemo ex tuo judicio sit exemptus, et tu omnes temporales valeas judicare, cum nemo a te provocare queat et ab omnibus ad te liceat appellare temporalibus, cum privilegia legesque possis interpretari atque corrigere, cum ad tuendam imperii majestatem reique publice statum servandum omnes populi, nationes, principes, reges tuis debeant obedire mandatis», AENEAS SILVIUS, *Epistola de ortu et auctoritate imperii Romani*, S. 96.

[53] ANTONIUS DE ROSELLIS, *Monarchia*, pars I, cap. LXVI, S. 291: «Imperium est indiuisibile, et similiter iurisdictio indiuisibilis est et inalienabilis ..., participare tamen potest ...». Vgl. in einem anderen juristischen Kontext BALDUS DE UBALDIS, *Consilia sive responsorum*, Venetiis 1580, pars V, cons. 300, n. 3, fol. 75v: «Nam nullus inferiorum participat hoc supremum imperium, nam ille, qui est supremus, non potest habere alium supra se. Item ipsum supremum imperium est indiuisibile, sicut ecclesia non dividit se: Cynus [Additiones zu *Dig.* 4.5.7]».

[54] F. PALACKY (Hrsg.), *Urkundliche Beiträge zur Geschichte Böhmens und seiner Nachbarländer im Zeitalter Georg's von Podiebrad (1450-1471)*, (Fontes rerum Austriacarum, II. Abt.: Diplomataria et acta, 20) Wien 1860, 20, Nr. 310, S. 314.

des Reichsoberhauptes, was die urkundliche Stilisierung der kaiserlichen Verfügungen in Mandaten und Privilegien und nicht zuletzt den unentbehrlichen kaiserlichen Gesetzesbefehl in Reichsgesetzen anlangt[55], wie Juristen, darunter solche in fürstlichen und kurfürstlichen Diensten, in ihren Konsilien für Städte darlegten, diejenige des römischen Princeps und Kaisers sowie des Papstes.

## V. «Plenitudo potestatis» und «absoluta potestas» des Princeps und Kaisers in Rechtsgutachten für Reichsstädte

Nürnberger Ratsjuristen analysierten kaiserliche, gelegentlich auch päpstliche Mandate und Reskripte, die bei Bürgermeister und Rat in Nürnberg und in anderen Städten eingegangen waren, im Hinblick auf ihre Rechtsbeständigkeit anhand der erforderlichen urkundlichen Verklausulierungen und der Konformität der Disposition mit dem menschlich-positiven, dem göttlichen und natürlichen Recht sowie dem Völkergemeinrecht (*ius gentium*). Außerdem erörterten sie die Rechtswirkungen kaiserlicher Konfirmationen von Rechtsgeschäften. In umgekehrter Zielrichtung hatten sie für die wirkungsvolle und die Rechtsbeständigkeit sichernde Verklausulierung der Privilegien zu sorgen, die in der städtischen Kanzlei vorformuliert und vom Kaiser im Wege der Suppliken erbetenen wurden[56].

In diesem Zusammenhang erläuterten die Juristen die Bedeutung der den kaiserlichen Willen artikulierenden Klauseln *ex plenitudine potestatis*, *ex certa scientia*, *ex motu proprio* und *non obstante*, und sie stellten die an das Recht gebundene und präsumierte *ordinaria potestas* des Kaisers

[55] Die kaiserliche *plenitudo potestatis* tritt im strafsanktionierten Gesetzesbefehl der Reichsgesetze zutage, so in der *Goldenen Bulle* Karls IV. von 1356 oder in den Reichslandfrieden Friedrichs III. von 1442, 1467, 1471 und 1486, auch wenn diese mit dem unbestimmt formulierten Konsens der Reichsstände zustande gekommen sind. Der auf dem Frankfurter Tag von 1442 mit den Reichsständen beschlossene, auch als «königliche Reformation» bezeichnete Reichslandfrieden erscheint in dem Gutachten des Nürnberger Ratsjuristen Dr. Peter Stahel – im Hinblick auf den Gesetzesbefehl – als Bestandteil der «jungsten gemeinen geschribenen keyserliche rechten». Seine Unkenntnis könne niemanden entschuldigen; da aber die königliche Reformation «ein geschriben keyserlich recht sey, ist sich nicht zuvermutten, das yemandt gutter vernunfft das widersprech, es wirt auch beweyst im rechten, ut no[tatur] in § sed [et] quod principi placuit [*Inst.* 1.2.6 = D. 1.4.1]», StA Nürnberg, Ratschlagbücher, Nr. 3*, fol. 141r.

[56] Zur Verklausulierung von Privilegien, die beim Kaiser impetriert werden sollten, durch Nürnberger Juristen siehe E. Isenmann, *Reichsrecht und Reichsverfassung*, S. 592-594; ders., *Recht, Verfassung und Politik*, S. 156-172.

im Unterschied zu dessen Inanspruchnahme einer *absoluta potestas* heraus[57].

Die päpstliche und kaiserliche *summa potestas* war in der juristischen Lehre die denkbar höchste Herrschaftsgewalt in der Ausformung der *plenitudo potestatis*, die im Hinblick auf die Bindung an das menschliche *ius positivum* als *potestas ordinaria* oder *ordinata* und als davon freie *potestas absoluta* begriffen wurde. In der Sprache deutscher Juristen besaß der Kaiser eine «ganz freie und über den Rechten» stehende Gewalt, *potentia absoluta* genannt, und eine nach «Ordnung der Rechte», derer er sich im Allgemeinen bediene[58]. Es war für die Juristen keine Frage, dass der Kaiser – «qui omnia iura in scrinio pectoris sui censetur habere, qui habet plenam scientiam iuris»[59] – über dem menschlichen *ius positivum* («gesatztes recht»), dem *ius civile* («burgerlich gesetz») stehe; er habe «plenissimum ius super ius positivum»[60]. Der Princeps (*fürst*) setze «bürgerliches Recht» und sei zugleich seinen eigenen Gesetzen nicht unterworfen. Die *plenitudo potestatis* war eine kanonistische Begriffsbildung[61] ohne Vorbild im römischen Recht, wie dies quellenkritisch die humanistische Jurisprudenz mit Andreas Alciat hervorhob[62].

[57] Zum Folgenden siehe E. ISENMANN, *Reichsrecht und Reichsverfassung*, S. 579-603; DERS., *Recht, Verfassung und Politik*, S. 210-216; DERS., *Der römisch-deutsche König und «imperator modernus»*, S. 35-76.

[58] StA Nürnberg, *Ratschlagbücher*, Nr. 6*, fol. 380r-384v; E. ISENMANN, *Reichsrecht und Reichsverfassung*, S. 569.

[59] *Cod.* 6.23.19; StA Nürnberg, *Ratschlagbücher*, Nr. 3*, fol. 125v-132r; hier fol. 126r, 130v (Dr. Peter Stahel); E. ISENMANN, *Reichsrecht und Reichsverfassung*, S. 590.

[60] StA Nürnberg, *Ratschlagbücher*, Nr. 3*, fol. 131rv.

[61] Zur Herkunft und Entwicklung der Lehre von der *plenitudo potestatis* siehe insbesondere J.A. WATT, *The Use of the Term 'Plenitudo potestatis' by Hostiensis*, in S. KUTTNER - J.J. RYAN (Hrsg.), *Proceedings of the Second International Congress of Medieval Canon Law* (Monumenta Iuris Canonici, Series C, 1), Città del Vaticano 1965, S. 161-187; R.L. BENSON, *Plenitudo potestatis: Evolution of a Formula from Gregory IV to Gratian* (Collectanea Stephan Kuttner = Studia Gratiana, 14), Bologna 1967, S. 195-217; E. CORTESE, *La norma giuridica*, Bd. 2, S. 203-230, passim; DERS., *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medioevale*, Roma 1966, S. 124-134; K. PENNINGTON, *The Prince and the Law*, S. 9, 54-61. Zur theologischen Diskussion der Formen göttlicher Gewalt (*potentia absoluta/ordinata*) siehe L. MOONAN, *Divine Power: The Medieval Power Distinction up to its Adoption by Albert, Bonaventure, and Aquinas*, Oxford 1994; T. KOBUSCH, *Analogie im Reich der Freiheit? Ein Skandal der spätscholastischen Philosophie und die kritische Antwort der Neuzeit*, in J.A. AERTSEN - M. PICKAVÉ (Hrsg.), *«Herbst des Mittelalters»?*, S. 251-264.

[62] Während der Basler Jurist Bonifacius Amerbach dem Kaiser in der Rechtsprechung eine *absoluta potestas* und in seinen Reskripten den Gebrauch der Klausel *de plenitu-*

Die *potestas absoluta* bedeutete nichts anderes als die Rechtsmacht, bestehende menschliche Rechte zu derogieren oder zu abrogieren, d.h. teilweise oder vollständig außer Kraft zu setzen, davon zu dispensieren und neues Recht zu setzen, ferner durch die Konfirmation von Verfügungen und Vereinbarungen der Untertanen Rechtsmängel zu suppletieren und zu heilen. Hinzu kam die Herausstellung des Herrscherwillens als Gesetz in der *lex Quod principi* (*Dig.* 1.4.1)[63]. Bereits im römischen Recht selbst steht dem Ulpian-Satz *Princeps legibus solutus est* (*Dig.* 1.3.31) die *lex Digna vox* (*Cod.* 1.14.4) gegenüber[64], in der der Princeps bekundet, sich an das Recht halten zu wollen[65]. Den Widerspruch zwischen der lex *Princeps*, die den Kaiser von der Bindung an menschliche Gesetze freistellte, und der *lex Digna vox* lösten die deutschen Juristen im 15. Jahrhundert wie ihre italienischen Vorgänger mit der Unterscheidung auf, dass der Kaiser nur *de honestate* oder *de humanitate*, nicht aber *ex necessitate*, also nicht rechtsnotwendig, an menschliche Gesetze gebunden

*dine potestatis* konzediert, stellt er hinsichtlich der Begründung der Herrschermacht des römischen Princeps durch die *lex regia* die Existenz dieser Klausel mit den von Alciat gezogenen weitreichenden Folgerungen für das geltende Recht in Abrede. Die kaiserliche Gewalt erstrecke sich nicht weiter, als sie damals dem Princeps vom Volk übertragen wurde. «Sed populum Romanum nunquam usum haec clausula de plenitudine potestatis alibi Baldus attestatur; eapropter in iure nostro Alciatus nullam mentionem plenitudinis potestatis, item clausule 'non obstante', fieri docet». In einer Marginalie verweist Amerbach auf die Kommentierung Alciats zu *Cod.* 2.2.2. *Amerbach-Korrepondenz*, Bd. 4, bearb. und hrsg. von B.R. JENNY, Basel 1967, Nr. 2955, S. 479 f. (1547); H.-R. HAGEMANN, *Die Rechtsgutachten des Bonifacius Amerbach. Basler Rechtskultur zur Zeit des Humanismus*, Basel 1997, S. 66. Alciat, der wörtlich zitiert wird, bezieht sich gleichfalls auf die *lex regia* und nennt Baldus ohne Quellennachweis als Gewährsmann für das Fehlen des Ausdrucks *plenitudo potestatis* und der Nonobstantienklausel, ANDREAS ALCIATUS, *Ad rescripta principum commentarii*, Lugduni 1537, S. 136.

[63] Zu einer Bestimmung der *Goldenen Bulle* König Sigmunds vom 25. März 1431 schreiben die Nürnberger Ratsjuristen Dr. Peter Stahel und Dr. Johann Letscher in einem Gutachten für Augsburg (um 1480): Da die Ordnung des Kaisers klar sei, gezieme es sich nicht, «weyter von den vrsachen solcher satzung zureden, noch dem der kaiserlichen maiestat wille fur ein genugsame vrsach ist geachtet; non enim potest omnium, que a maioribus tradita sunt, ratio reddi, [X°1.3.9], et in [*Dig.*°1.3.20], sed sufficit principi eo modo placuisse [*Cod.* 7.45.7, *Inst.* 1.2.6]», StA Nürnberg, *Ratschlagbücher*, Nr. 3*, fol. 98rv.

[64] Vgl auch die seltener allegierte *lex Ex imperfecto* (*Cod.* 6,23,3).

[65] Die Nürnberger Ratsjuristen Dr. Johannes Letscher und Dr. Peter Stahel schreiben in einem Gutachten für die Reichsstadt Schwäbisch Hall: «Licet enim princeps omnia possit et legibus non astringatur, tamen vivere debet secundum leges», StA Nürnberg, *Ratschlagbücher*, Nr. 3*, fol. 116v-120r; hier fol. 117r; E. ISENMANN, *Reichsrecht und Reichsverfassung*, S. 586.

sei[66]. Der Basler Kanonist Peter von Andlau unterschied in seinem *Libellus de Cesarea Monarchia* von 1463 im Zusammenhang mit der Erörterung der im Anschluss an Thomas von Aquin aufgeworfenen Frage, ob das Imperium, das römisch-deutsche Reich, oder jedes andere Reich besser *regaliter* oder *politice* zu regieren sei, einmal die an die kommunalen Gesetze gebundenen *rectores civitatis* und zum andern die Könige, die nicht einmal den zwingenden Gesetzen des Königreichs unterworfen seien. Deshalb wende sich deren Herrschaft oft ins Tyrannische; freilich bekenne der Kaiser, dass er nach den Gesetzen leben wolle[67].

Der Princeps, der über dem menschlichen *ius positivum*, dem *ius civile*, stand, blieb grundsätzlich an das göttliche Recht (*ius divinum*), das Naturrecht (*ius naturale*) und das diesem verwandten Völkerrecht oder Völkergemeinrecht (*ius gentium*), damit auch speziell an eingegangene Verträge gebunden[68]. Eine der am weitesten reichenden Ausdeutungen der *absoluta potestas* wurde durch Rückgriff auf eine allerdings nicht ganz korrekt ins eindeutig Positive gewandte Stelle im Codexkommentar des Baldus gefunden, wonach der Kaiser über jedem Recht stehe und

[66] Zur Diskussion der *leges Princeps* und *Digna vox* sowie ihres Verhältnisses zueinander im 13. und 14. Jahrhundert siehe E. CORTESE, *La norma giuridica*, Bd. 1, S. 143-181, insbesondere S. 143-148; D. WYDUCKEL, *Princeps legibus solutus*, S. 81, 97-101; K. PENNINGTON, *The Prince and the Law*, S. 76-106. Zur Unterscheidung von *de necessitate* und *de humanitate* siehe E. ISENMANN, *Reichsrecht und Verfassung*, S. 582 f. Vgl. auch das Konsilium des Paduaner Rechtsprofessors Antonius de Rosellis für den Nürnberger Rat von 1444; *ibidem*, S. 599 f. Um die – nicht freiwillige, sondern bindende – Unterordnung des Kaisers unter das Gesetz, insbesondere das von ihm selbst erlassene, zu begründen, zitiert Nikolaus von Kues in seiner *Concordantia Catholica* von 1433 Ambrosius und eine rechtliche Sentenz aus den Disticha Catonis: «Immo ipse legislator non eximitur. Unde Ambrosius ad Valentinianum imperatorem epistula 75 dicit: 'Dedisti leges, ne cui esset liberum aliud iudicare. Quod tu praescripsisti aliis, parescripsisti et tibi. Leges enim imperator fert, quas primus ipse custodiat.' Haec ibi. Et est vulgatissimum: Patere legem, quam tu ipse tuleris. Nemo enim ad observationem iniuste legis obligatur, nemo vivens a iusto eximitur», CUSA, *CC* III, cap. 41, Nr. 589, S. 470 f. Vgl. cap. 11, S. 174: «Non debet se solutum legibus aestimare rex, quia, si lex iusta est, tunc ligat et non aliter, quare et ipsum regem, qui iustitiae subest».

[67] «Ceterum rectores civitatum legibus municipalibus adstringuntur, reges vero legibus saltem coactivis minime subjiciuntur, ut [*Dig.* 1.3.3] et [ C.9 q.3 c.17]. Propter quod sepe contingit eorum regimen verti in tyrannidem, licet imperator velle se legibus vivere profiteatur, ut [*Cod.* 1.14.4]», PETER VON ANDLAU, *Kaiser und Reich. Libellus de Cesarea Monarchia*, hrsg. von R.A. MÜLLER (Bibliothek des deutschen Staatsdenkens, 8), Frankfurt a.M. - Leipzig 1988, tit. VIII, S. 77.

[68] Die Bindung an eingegangene Verträge lehrte um 1444 auch der Paduaner Rechtsprofessor Dr. Johannes a Sancto Lazaro in einem Konsilium für die Reichsstadt Nürnberg, E. ISENMANN, *Reichsrecht und Reichsverfassung*, S. 602.

«vicarius Dei in temporalibus» genannt werde, der nicht nur menschliches Recht aufheben und davon dispensieren könne, sondern *ex causa* auch von göttlichem Recht[69].

Für die Ratsjuristen ergab sich aus dem im römischen Recht vorhandenen, aber auflösbaren Widerspruch bei der Interpretation kaiserlicher Verfügungen und der Frage nach ihren dispositiven Wirkungen im Zweifelsfall die grundsätzliche Rechtsvermutung, dass der Princeps lediglich seine *potestas ordinaria* in Anspruch nehme. Wollte der Princeps jedoch von seiner *plenitudo potestatis* und *potestas absoluta* Gebrauch machen, so musste er dies formell durch die Klauseln *ex plenitudine potestatis*, *ex certa scientia* oder *motu proprio* zweifelsfrei zum Ausdruck bringen. Formell konnte auch die Spezialität von Rechten gegen die Generalität abrogierender kaiserlicher Mandate geltend gemacht und deren Wirksamkeit im besonderen Fall in Abrede gestellt werden. Allerdings konnte der Kaiser Vermutungen und Einwendungen gegen die Rechtswirksamkeit seiner Verfügungen durch eine *secunda iussio*, ein zweites Gebot, das seinen derogierenden oder abrogierenden Willen auf der Grundlage seiner *absoluta potestas* nunmehr entsprechend formgerecht und deshalb zweifelsfrei formulierte, aus der Welt schaffen.

## VI. Die Reskriptlehre als allgemeine Regierungslehre

Die juristische Lehre von der Rechtsmacht des Kaisers und des Papstes war nicht nur in der rechtswissenschaftlichen legistischen und kanonistischen Literatur enthalten, sondern spiegelte sich in den Klauseln der kaiserlichen Urkunden wider und wurde in den fallgebundenen Rechtsgutachten ausgebreitet, sodass sich eine enge Verbindung von juristischer Lehre und Rechtspraxis ergab.

[69] In einem 1508 erstatteten Rechtsgutachten für die freie Stadt Worms konstatiert Dr. Jacobus de Mesching, der Kaiser sei «super omnem legem et dicatur dei vicarius in temporalibus, qui non solum tollere potest seu dispensari contra legem humanam aut contra privilegium predecessoris sui, verum eciam ex causa potest dispensare contra legem divinam, vt firmat Baldus in [*Cod.* 6.8.1]», Universitätsbibliothek Tübingen, Mc 66, fol. 177r. Siehe hingegen Baldus de Ubaldis, *Commentaria in sextum Codicis librum*, Lugduni 1585, ad *Cod.* 6.8.1, fol. 27 (n. 3 f.): «[Imperator] non potest contra ius diuinum inducere veram legitimationem, nec fictionem, quia licet sit Vicarius Dei in temporalibus, tamen contra legem diuinam non potest dispensare, nisi ex magna causa, arg. [D. 17.1.30]». Dr. de Mesching führt den auf die kaiserlichen Herrschaftsrechte selbst bezogenen Gedanken ein, dass niemand gegen die kaiserliche *absoluta potestas* Rechte des Kaisers und des Reichs ersitzen könne. *Ibidem*, fol. 194r, vgl. fol. 194v; E. Isenmann, *Der römisch-deutsche König und «imperator modernus»*, S. 57, Anm. 148.

Fernab vom Kaiserhof rekonstruierten die städtischen Juristen anhand der in den Mandaten, Reskripten und Privilegien enthaltenen Urkundenklauseln den rechtlichen, nicht den zunächst gewissermaßen unerheblichen tatsächlichen Willen des Kaisers. Enthielt ein Mandat die derogierenden oder abrogierenden Klauseln des Herrscherwillens nicht, so wurde bei der Interpretation der Urkunde vermutet, dass der Kaiser durch seine Verfügung nicht in bestehende Rechte, auch nicht in solche Dritter, eingreifen wollte. Es wurde angenommen, dass er von solchen Rechten bei seiner Willensentscheidung keine Kenntnis hatte und von der supplizierenden und impetrierenden Partei davon nicht unterrichtet worden war. Die deutschen Juristen reproduzierten dabei – wie ihre Kollegen an der Kurie und in den westeuropäischen Monarchien – die auf der Grundlage des römischen Rechts von den Legisten, aber vor allem von den Kanonisten für die päpstliche Regierungspraxis fortentwickelte Reskriptlehre, die sowohl im spätantiken römischen Reich als auch hinsichtlich des Papsttums in besonderer Weise einer weitgespannten Raumherrschaft mit ihren Kommunikations- und Informationsproblemen Rechnung trug und damit auch für das weiträumige römisch-deutsche Reich in besonderer Weise adäquat war[70]. Diese Reskriptlehre bietet gewissermaßen eine «all-

[70] H. BRESSLAU, *Handbuch der Urkundenlehre für Deutschland und Italien*, Bd. 2, Leipzig 1914/1931, S. 6-61, 283 ff.; P. CLASSEN, *Kaiserreskript und Königsurkunde. Diplomatische Studien zum Problem der Kontinuität zwischen Altertum und Mittelalter*, Thessaloniki 1977, besonders S. 211 ff.; P. HERDE, *Beiträge zum päpstlichen Kanzlei- und Urkundenwesen im dreizehnten Jahrhundert*, Kallmünz 1967²; DERS., *Audientia litterarum contradictarum. Untersuchungen über die päpstlichen Justizbriefe und die päpstliche Delegationsgerichtsbarkeit vom 13. bis zum Beginn des 16. Jahrhunderts*, 2 Tle., Tübingen 1970; DERS., *Zur Audientia litterarum contradictarum und zur «Reskripttechnik»*, in «Archivalische Zeitschrift», 69, 1973, S. 54-90; E. PITZ, *Papstreskript und Kaiserreskript im Mittelalter*, Tübingen 1971; DERS., *Supplikensignatur und Briefexpedition an der römischen Kurie im Pontifikat Papst Calixts II.*, Tübingen 1972; DERS., *Die römische Kurie als Thema der vergleichenden Sozialgeschichte*, in «Quellen und Forschungen aus italienischen Archiven und Bibliotheken», 58, 1978, S. 216-359; DERS., *Erschleichung und Anfechtung von Herrscher- und Papsturkunden vom 4. bis zum 10. Jahrhundert*, in *Fälschungen im Mittelalter. Internationaler Kongreß der Monumenta Germaniae Historica, 16.-19. September 1986*, Tl. 3: *Diplomatische Fälschungen* (I), (MGH, *Schriften*, 33/3) Hannover 1988, S. 69-113; O. HAGENEDER, *Verwaltung im vorindustriellen Europa. Neuere Perspektiven der historischen Forschung*, in «Mitteilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung», 92, 1984, S. 100-102; DERS., *Die Rechtskraft spätmittelalterlicher Papst- und Herrscherurkunden «ex certa scientia», «non obstantibus» und «propter importunitatem petentium»*, in P. HERDE - H. JAKOBS (Hrsg.), *Papsturkunde und europäisches Urkundenwesen. Studien zu ihrer formalen und rechtlichen Kohärenz vom 11. bis 15. Jahrhundert* (Archiv für Diplomatik, Beiheft 7), Köln u.a. 1999, S. 401-429. Zum Fortleben des spätantiken Reskriptwesens im Frühmittelalter siehe S. ESDERS, *Römische Rechtstradition und merowingisches Königtum. Zum Rechtscharakter*

gemeine Regierungslehre», die das Zustandekommen der herrscherlichen Entscheidung unter Rückgriff auf ontologische, die Kausalität betreffende Begriffe des Aristoteles[71] durch das Zusammenwirken von *potestas*, *scientia* und *voluntas* reflektiert und die zugleich in eine Urkundenlehre für den praktischen Jurisdiktions- und Kanzleibetrieb mündet[72]. Hinzu kommt der Modus der kaiserlichen Entscheidung, die ein Dekret, einen Akt der Rechtsetzung und Gesetzgebung darstellt.

Die Reskriptlehre hatte zur Voraussetzung, dass supplizierende Parteien den Papst oder Kaiser um bestimmte rechtliche Verfügungen ersuchten und ihn dabei zuverlässig über alle bestehenden rechtserheblichen Tatsachen und Umstände informierten. Wurden hingegen die Verfügungen wahrheitswidrig mit falschen Angaben oder unter Verschweigen der Wahrheit – *subrepticie* und *obrepticie* – erschlichen[73], so lag darin ein wirkungsvoller Einredegrund für die Gegenpartei, und das impetrierte Mandat oder Privileg war nicht rechtsbeständig und verlor seine Rechtskraft, ohne dass die Rechtsmacht des Ausstellers davon tangiert war. Außerdem durfte die Willensfreiheit des Princeps nicht durch Zudringlichkeit, durch «ungestüme Bitten», die eine *importunitas precum* darstellten, eingeengt werden. Ein so bedeutendes Privileg wie eine fiskalische Strafbefugnis in Steuersachen, dies lehrt etwa ein Nürnberger Jurist in einem Konsilium, muss von Kaisern oder Königen in besonders qualifizierter Weise verliehen worden sein, und zwar «aus aigner bewegnus [motu proprio]» und nicht auf «Anregen» der Stadt[74], d.h. das Privileg muss in ideeller Fiktion initiativ und einseitig dem eigenen Willen des Herrschers entsprungen sein.

Die historische Forschung hat nun für das 15. Jahrhundert ein vermehrtes Auftreten der Urkundenklausel *ex plenitudine potestatis* registriert und daraus einen verstärkten, im Hinblick auf das zur Verfügung stehende

*politischer Herrschaft in Burgund im 6. und 7. Jahrhundert* (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Geschichte, 134), Göttingen 1997.

[71] Vgl. zur Verwendung ontologischer Begriffe und Grundlehren H. LANGE - M. KRIECHBAUM, *Römisches Recht im Mittelalter*, Bd. 2: *Die Kommentatoren*, München 2007, S. 322-332.

[72] Zu den entsprechenden Darlegungen des kaiserlichen Fiskals in einem Kammergerichtsprozess (1476) siehe E. ISENMANN, *Kaiser, Reich und deutsche Nation*, S. 236-239.

[73] «... surrepticie vnd obrepticie mit angebung der vnwarheit vnd zuvoran mit verhaltung der warheit», Supplik an Kaiser Friedrich III.; StA Nürnberg, *Ratschlagbücher*, Nr. 13*, fol. 153r-156v.

[74] StA Nürnberg, *Ratschlagbücher*, Nr. 3*, fol. 69v-70r; E. ISENMANN, *«Liberale» Juristen?*, S. 308 f.

Machtpotential jedoch irrealen Herrschaftsanspruch des Kaisers gefolgert[75]. Tatsächlich waren es jedoch in den überwiegenden Fällen die Untertanen selbst, die in einem immer mehr juristisch geprägten Regierungsalltag für die Rechtsbeständigkeit ihrer beim Kaiser erwirkten Privilegien und Resolutionen einen Kaiser brauchten, der *ex plenitudine potestatis* verfügte.

Die Funktion und Bedeutung der auf der Reskriptlehre des römisch-kanonischen Rechts beruhenden kaiserlichen Regierungsweise gerade für die Untertanen, die sich in ihren Geschäften und Konflikten der kaiserlichen Rechtsmacht bedienen[76], macht eindringlich ein außergewöhnliches Rechtsgutachten deutlich, das der Kanzler des Erzbischofs von Mainz, Dr. legum Georg Pfeffer, im Jahre 1468 für den Nürnberger Rat im Zusammenhang mit einem Kammergerichts- und nachfolgenden Schiedsgerichtsverfahren erstattete und in dem er eine kaiserliche Konfirmationsurkunde aus dem Jahre 1456 eingehend juristisch analysierte und interpretierte[77].

Die Besonderheit der Angelegenheit und des Gutachtens beruht intrikater Weise darin, dass Nürnberger Ratsjuristen die kaiserliche Urkunde selbst gezielt mit einer denkbar umfassenden Verklausulierung entworfen, d.h. sie bereits auf dem Hintergrund der Reskriptlehre und der Lehre von der *plenitudo potestatis* des Kaisers mit einem bestimmten juristischen Gehalt, der den Rechtsschutzbedürfnissen des Rats entsprach, ausgestattet hatten. Dem Nürnberger Rat war es sodann gelungen, diesen Nürnberger Entwurf als kaiserliche Urkunde ausgefertigt zu erhalten. Der auswärtige Gutachter interpretierte damit zwölf Jahre später eine in Urkundenform gebrachte konstruktive Rechtsauffassung Nürnberger Juristen, die ihrerseits verschiedentlich kaiserliche Urkunden für den Nürnberger Rat oder den

[75] E. SCHUBERT, *König und Reich. Studien zur spätmittelalterlichen deutschen Verfassungsgeschichte* (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Geschichte, 63), Göttingen 1979, S. 120-139.

[76] E. ISENMANN, *Reichsrecht und Reichsverfassung*, S. 594-596.

[77] Staats- und Stadtbibliothek Augsburg, 2° Cod. Aug. 393, Nr. 5, fol. 28r-38v. Abschriften StA Nürnberg, *D-Laden Akten*, Nr. 327, pag. 56-81; pag. 428-450. Eine Übersetzung des Gutachtens, die zugleich rechtssprachliche Aufschlüsse ergibt, fertigte der vom Nürnberger Rat als Syndicus (Prokurator) in Dienst genommene Johannes Sperber an. StA Nürnberg, Akten des 7-farbigen Alphabets, Nr. 168, fol. 139r-161v. Handelt es sich hier um die Konfirmation eines Vertrags, so erstattete Dr. iur. utr. Johannes Maria Riminaldus de Feraria 1494 ein Gutachten zur Annullierung eines Vertrags («Richtung») zwischen der Stadt Worms und dem Bischof durch Kaiser Friedrich III. Universitätsbibliothek Tübingen, Mc 66, fol. 2r-12r; E. ISENMANN, *Der römisch-deutsche König und «imperator modernus»*, S. 54-59.

Rat anderer Städte analysierten. Konfirmiert hatte der Kaiser die «Landshuter Richtung» von 1453[78], eine vertragliche Übereinkunft (*concordia*), mit der nach vorausgehendem Schiedsspruch streitige Geldforderungen aus der Liquidation einer Nürnberger Handelsgesellschaft geregelt wurden. Der Nürnberger Rat hatte sich, daraus resultierte sein Interesse an der Konfirmation, im Interesse des «gemeinen Nutzens» in den Rechtsstreit eingeschaltet und für die Erfüllung der schuldrechtlichen Bestimmungen der Richtung sogar selbstschuldnerisch gebürgt.

In der Nürnberger Sachverhaltsdarstellung für das Gutachten heißt es, der Kaiser habe die Übereinkunft «de plenitudine potestatis sue ex certa scientia per viam voluntatis, decreti et disposicionis cum maximis et singularissimis derogacionibus» konfirmiert[79]. Mit Bezug auf die *potestas* des Papstes, die zugleich die des Kaisers sei, legt nun der Gutachter Dr. Pfeffer dar, dass die *de certa scientia* und *de plenitudine potestatis* vorgenommene Konfirmation alle rechtlichen Mängel – alles, was nicht rechtsbeständig (*infirmus*) und nicht rechtsgültig (*invalidus*) ist – hinsichtlich der Substanz der Sache und der Formerfordernisse heilt und das Rechtsgeschäft bekräftigt[80]; niemand darf deshalb einer derartigen Konfirmation zuwiderhandeln oder sie zum Gegenstand einer nochmaligen rechtlichen Entscheidung eines anderen, insbesondere einer subordinier-

[78] Landshuter Richtung vom 15. April 1453. Hof- und Stiftsbibliothek Würzburg, *Aschaffenburger Codex*, Ms. Pap. 9, fol. 33v-36r. Die kaiserliche Konfirmation ist in Graz unter dem Datum des 8. März 1456 ausgestellt. StA Nürnberg, *D-Laden Akten*, Nr. 1808.

[79] Staats- und Stadtbibliothek Augsburg, 2° Cod. Aug. 393, fol. 28v; StA Nürnberg, *Akten des 7-farbigen Alphabets*, Nr. 168, fol. 141v. Die rechtserheblichen Formulierungen in der kaiserlichen Konfirmationsurkunde lauten verkürzt: Der Kaiser bekundet bei hoher Geldstrafe, er habe die gesiegelte Urkunde gesehen und ihre Inhalte in ihrem Wortlaut zur Kenntnis genommen («eigentlich vernommen»), wohlbedacht, mit guter Vorberatung, rechtem Wissen und aus der Vollkommenheit der kaiserlichen Gewalt für sich und seine Nachkommen im Reich unwiderruflich bewilligt, bestätigt und konfirmiert. Gegen die Vereinbarung darf weder gerichtlich noch außergerichtlich etwas unternommen werden. Sie muss für ewige Zeiten völlig unverletzt in Kraft bleiben und ohne Ausflüchte erfüllt werden. Dagegen sollen keine Rechte des Reichs, Statuten, Freiheiten, Gesetze, Gewohnheiten, Privilegien, Gnadenerweise oder sonst etwas vorgebracht und geltend gemacht werden. Wenn etwas dem entgegensteht, soll es keine Kraft haben, sondern aufgehoben sein, als ob er es Wort von Wort aus rechtem Wissen abgetan hätte, StA Nürnberg, *D-Laden Akten*, Nr. 1808. Zur *clausula derogativa* siehe das konsiliatorische *dubium in causa de rescriptis* des Johannes Pistoris, Universitätsbibliothek Tübingen, Mc 63, fol. 35rv, 38rv.

[80] Weitere Rechtsgutachten zur Rechtswirkung kaiserlicher Konfirmationen sind besprochen bei E. Isenmann, *Reichsrecht und Reichsverfassung*, S. 579-584.

ten Gewalt, machen[81]. Im vorliegenden Fall darf auch mit Berechtigung gesagt werden, dass bei der Konfirmation – obwohl nur eine Seite sie impetrierte – beide Parteien präsent waren, da «dem fursten [princeps], das ist dem keiser», die von den Parteien gesiegelte Vertragsurkunde übergeben wurde, worauf der Kaiser sie in Augenschein genommen, den Inhalt reiflich erwogen und nicht auf die Anregung oder das Drängen einer Partei hin, sondern aus rechtem Wissen und aus seiner Machtvollkommenheit die Urkunde bestätigt hat. Deshalb darf eine untere Gewalt in der Sache nicht rechtlich erkennen und urteilen, vor allem nicht, wenn der Kaiser *per modum* eines Dekrets, einer Willensentscheidung und einer Verfügung oder Anordnung entscheidet. In diesem Falle binden eine solche Disposition und ein solches Dekret eines Princeps, wird auf Rechtsgültigkeit oder Ungültigkeit erkannt, auch diejenigen, die davon keine Kenntnis haben, auch wenn die Bindungswirkung nicht derart ist, dass sie bei Unkenntnis und Zuwiderhandeln straffällig werden[82]. Denn die Rechtsetzung und Gesetzgebung, der die Entscheidung in der Wirkung gleich geachtet wird, steht im Willen des Princeps und erfordert nicht die Hinzuziehung eines anderen[83]. Wenn der Kaiser den gesiegelten und angenommenen Vertrag durch sein Dekret bestätigt, wird vermutet, dass alle für die konfirmierte Handlung (*factum*) notwendigen und erforder-

[81] «... que et per imperialem mayestatem de certa sciencia et plenitudine potestatis sue per viam decreti et disposicionis est confirmata, cui nemini contravenire nec de illa cognoscere, nam confirmacio pape facta de certa sciencia eius maxime de potestatis plenitudine, illa firmat infirmum [das uncrefftig] et invalidum [das untuglich] quo ad substanciam [der substantz oder weßlikeit halben] et quo ad sollempnitatem [der solemnitet oder herlikeit halben], et sic de illa nullus inferior amplius cognoscit, per notam per Inno[centium] in [X 2.30.1/2] et in [X 1.36.1]», Staats- und Stadtbibliothek Augsburg, 2° *Cod. Aug.* 393, fol. 31r; StA Nürnberg, *Akten des 7-farbigen Alphabets*, Nr. 168, fol. 146r (dt.).

[82] «Et potest dici satis hic factam fuisse confirmacionem partibus presentibus ex quo licere concordie partium sigillis sigillate principi fuerint presentate, et princeps illis vis et mature digestis non ad partis alicuius instanciam de certa sciencia de plenitudine potestatis confirmavit, inferiori ergo de illa nec cognoscere nec decernere licet per predicta et hoc signanter qui princeps aliquid confirmat ... per modum decreti, voluntatis [erkantnus eins willens] et disposicionis [eins schicks oder disposition], tunc talis disposicio [schicke oder erkantnus] et decretum [decret] principis quo ad validitatem [tugliheit] vel invaliditatem [untuglichkeit] ligat eciam ignorantes, quidamvis non ad penam incurrendum, ut notatur in [VI 1.2.2]», Staats- und Stadtbibliothek Augsburg, 2° *Cod. Aug.* 393, fol. 31r; StA Nürnberg, *Akten des 7-farbigen Alphabets*, Nr. 168, fol. 146v (dt.).

[83] «Nam leges condere [keiserliche recht oder gesetze zcumachen] est in principis voluntate nec cuiusquodam vocacionem [ervorderunge] requirit, ut in [*Inst.* 1.2.6], et talis lex ignorantes ligat et ab omnibus est servanda, ut [*Dig.* 1.3.2/3]», Staats- und Stadtbibliothek Augsburg, 2° *Cod. Aug.* 393, fol. 31r; StA Nürnberg, *Akten des 7-farbigen Alphabets*, Nr. 168, fol. 146v (dt.).

lichen Elemente vorhanden waren, wenn nicht das Gegenteil von dem, der dies in Abrede stellt, bewiesen wird[84]. Erlässt der Princeps, «das ist der Pabst in der Geistlichkeit und der Kaiser in der Weltlichkeit», ein Gesetz, nimmt er einem anderen sogar, wenn er ein Recht hätte, dieses weg oder kann es wegnehmen[85]. Wenn er durch ein Dekret, ein Gesetz oder eine Verfügung etwas konfirmiert oder erklärt, muss es gehalten werden, auch wenn es für jemanden eine Härte bedeutet oder jemandem einen Nachteil zufügt, denn jede geistliche Verordnung oder und jedes weltliche Gesetz, wie hart sie auch sein mögen, muss eingehalten werden, auch wenn sie jemanden ohne bestimmten Grund verletzen[86].

Die vorliegende Konfirmation in der Art einer Verfügung und eines Dekrets, die Gesetzeskraft haben, ist um des gemeinen Nutzens willen und zur Erhaltung des Friedens sowie aus rechtem Wissen des Princeps ergangen, also muss sie eingehalten werden, und niemand darf sie brechen, wie dies aufs beste *Cod.* 1.14.2 ausdrückt[87]. Dieses kaiserliche Gesetz besagt, dass Rechtssetzungen oder Verleihungen für weitere oder engere Rechtskreise, ein Land, eine Stadt oder einen Hof in einer Sache, die vor dem Kaiser verhandelt wurde und «mit Rat» oder «mit Rat der Vor-

[84] «... concordia sigillata et approbata et per principem sollempnissime per decretum [erkantnus und decrett] confirmata presumitur omnia intervenisse, que sunt neccessaria et requisita ad ipsum factum de quo agunt, p[er] tex[tum] in hoc notabilem in [X 2.19.8], ubi probata professione [beim Klostereintritt] presumitur, quod omnia intervenerint neccessaria ad ipsam professionem scilicet legittima etas et alia necessaria, nisi contrarium probatur per negantem illas qualitates intervenisse, cui talis probacio incumbit», Staats- und Stadtbibliothek Augsburg, 2° *Cod. Aug.* 393, fol. 34v; StA Nürnberg, *Akten des 7-farbigen Alphabets*, Nr. 168, fol. 154v (dt.).

[85] «Item princeps legem condendo alteri eciam si ius haberet, illud aufert et auferre potest, ut in [*Cod.* 1.22.6], et notatur in [*Cod.* 1.19.2]», Staats- und Stadtbibliothek Augsburg, 2° *Cod. Aug.* 393, fol. 31r; StA Nürnberg, *Akten des 7-farbigen Alphabets*, Nr. 168, fol. 146v (dt.).

[86] «Sed hic princeps per modum decreti et constitutionis confirmavit statuendo ergo etc. et pro quo facit nam ex quo per modum decreti, legis seu disposicionis confirmat aliquid vel declarat, servandum est, licet alicui durum existat vel preiudicium alicui inferat, nam omnis constitucio canonica vel lex civilis quidam tumcumque dura servanda est, eciam si quem irracionabiliter [unursechlich] lederet, ut in [*D.*19 c.3] et [*Dig.* °40.9.12]», Staats- und Stadtbibliothek Augsburg, 2° *Cod. Aug.* 393, fol. 31r; StA Nürnberg, *Akten des 7-farbigen Alphabets*, Nr. 168, fol. 146v-147r (dt.).

[87] «Sed ista confirmacio hic per modum disposicionis et decreti vim legis habentis pro communi utilitate et pace servanda processit et de certa sciencia principis, ergo est servanda nec a quoquam infrigenda, pro quo optime facit [*Cod.* 1.14.2]», Staats- und Stadtbibliothek Augsburg, 2° *Cod. Aug.* 393, fol. 30r; StA Nürnberg, *Akten des 7-farbigen Alphabets*, Nr. 168, fol. 147r (dt.).

nehmen» erging, zwar kein allgemeines Recht (*ius generale*) sind, jedoch hinsichtlich der betroffenen Sachen und Personen wenigstens Gesetze darstellen, die niemand bei hohen Strafen umstoßen noch verändern oder listig auslegen darf; auch darf der Richter sie nicht anzweifeln und dem Kaiser davon berichten, um unter dem Anschein eines Zweifels dazu den Versuch zu unternehmen[88].

## VII. Rechtsvermutungen gegen den Gebrauch der «absoluta potestas»

Solange auf Seiten Betroffener Zweifel möglich waren, dass der Kaiser seine *potestas absoluta* in Anspruch nahm, gab es neben der grundsätzlichen Präsumtion zugunsten der *potestas ordinaria* noch weitere, an den rechtlichen und zugleich volitiv-psychischen Willen des fernen Kaisers geknüpfte Rechtsvermutungen[89]. So war, wie Juristen darlegten, rechtlich nicht zu vermuten, dass der Kaiser jemandem sein Recht nehmen, dass er jemanden in Fallstricke führen oder berechtigte Erwartungen enttäuschen wolle, während hingegen die Vermutung galt, dass der Kaiser sich bei Einreden gegen seine Mandate geduldig (*patiens*), diese duldend, verhalten werde. Ferner muss bei der Auslegung kaiserlicher Verfügungen angenommen werden, dass die Intention des Princeps immer auf das *bonum commune* abzielt, und dies wird auch rechtlich vermutet, denn das Wohl oder der Nutzen der Untertanen werden als das eigene Wohl des Princeps erachtet. Schließlich kommt noch die Auslegungsregel hinzu, wonach die Worte des Princeps immer so verstanden werden müssen, dass sie sich nicht zum Schaden des öffentlichen Wohls auswirken. Auf

[88] «... qui [imperator] dicit, quod si super negocio [hanndell] introducto coram imperiali maiestate aliquid premisso consilio procerum [so vorgangngen ist rate oder mit rate der edeln rete] statuitur vel donatur alicui provincie, civitati vel curie, ita eciam quod talia licet non sint ius generale, sed quod leges fiant dumtaxat illic negocijs atque personis, pro quibus sunt promulgate, sicut in causa nostra, quod nemini licet illa retractare vel immutare nec illa astute interpretari sub pena infamie, qui contrarium fecerit, quinymo et iudici, qui de hoc dubitare et principi referrre sub colore dubitatis attemptare ausus fuerit, pena xxx lib. auri debet puniri; modo in causa nostro nedum ista confirmatio premisso maturo consilio prehabito, sed et ex certa sciencia principis de plenitudine potestatis cum summis et specialissimis derogacionibus [derogacion und benemungen] facta est, et de ea ergo nemini inferiori expedit nec convenit hesitare nec disponere sive iudicare [rechten] per predicta», Staats- und Stadtbibliothek Augsburg, 2° *Cod. Aug.* 393, fol. 30r-31v. StA Nürnberg, *Akten des 7-farbigen Alphabets*, Nr. 168, fol. 147r (dt.). Die *lex Cod.*1.14.2 ist in weiten Teilen wörtlich allegiert.

[89] Zum Folgenden siehe mit Quellenbelegen und Allegationen E. Isenmann, *Recht, Verfassung und Politik*, S. 144, 146 f., 151.

diese Weise wurden die *voluntas principis* oder dessen *nuda voluntas*, der reine Wille einer abstrakten und fiktiven herrscherlichen Person, durch Rechtsvermutungen und Erfordernisse einer bestimmten qualifizierten Solennität rechtlich eingehegt und auf die *potestas ordinaria* festgelegt. Dies galt, bis sich der realiter existierende Herrscher ein zweites Mal äußerte und seinen tatsächlichen dispositiven Willen revidierend oder bestätigend klarstellte, denn seine *plenitudo potestatis* und *absoluta potestas* waren juristisch nicht wegzudisputieren. Bis zur so genannten *secunda iussio* existierte der Kaiser der Juristen kaum als reale Person, sondern vielmehr aufgrund der Rechtswirkungen der Urkundenklauseln im System der Reskriptlehre, der Interpretationsregeln und Rechtsvermutungen gewissermaßen als ein rationalisierter Wirkungszusammenhang.

## VIII. Einrede und Widerspruch gegen kaiserliche Verfügungen

Auf der Grundlage der römisch-kanonischen Reskriptlehre legten ferner Juristen nachweislich in Nürnberg, Basel und im Hansebereich mit gleichartigem Bezug auf die Novellen (*Nov.* 17.4/ 134.6), das Dekretalenrecht (X 1.3.5), die Glosse sowie die *Additiones* des Johannes Andreae zum *Speculum iudiciale*, die Dekretalenkommentare Innocenz' IV. und des Nicolaus de Tudeschis dar, dass dem von korrekter Unterrichtung durch die Parteien abhängigen Mandat eines Oberen, des Kaisers oder des Papstes, keineswegs prompt und automatisch Folge geleistet werden musste, sondern im Falle von Rechtswidrigkeiten und Gravamina, rechtlichen Beschwerungen, begründete Einreden dagegen vorgebracht werden durften, ohne dass wegen der temporären Suspendierung der Gehorsamsleistung Straffälligkeit eintrat.

Damit formulierten die Juristen ein fundamentales, systemimmanentes Widerspruchsrecht der Untertanen deutlich unterhalb der Schwelle zum Widerstandsrecht: Wer einen Befehl des Oberen, der gegen Recht verstößt, nicht vollziehe, so lehren sie, tue dem Recht und dem gebietenden Herrscher sogar einen «guten Gefallen». Alle Rechte stellten fest, dass derjenige, der das Gebot seines Oberen durch eine begründete Einrede zum Besseren wende, nicht für ungehorsam erachtet werde, sondern deswegen Lob und Dank erfahren solle. Unter Würdigung der in Einreden vorgebrachten Informationen entschied dann der Kaiser erneut.

Ein hansischer Jurist, der sich gleichfalls auf das römisch-kanonische Recht stützt, stellte zur Verdeutlichung sogar die didaktisch-paradoxale Frage, ob der König zu tadeln sei, der ein rechtswidriges Gebot erlasse, oder nicht

vielmehr derjenige, der einen rechtswidrigen Befehl des Königs erfülle, da der König die Gehorsamsleistung in einem solchen Falle doch ausdrücklich untersage[90]. Eine von den Juristen allegierte Glosse Innocenz' IV. nennt diejenigen geradezu «kleinmütig», die es nicht wagten, den Geboten ihrer Oberen zu widersprechen, wenn ihnen etwas Rechtswidriges geboten werde[91]. Diese normative Lehre zielte auf die Herrschaftspraxis mit dem für sie zentralen Verhältnis von herrscherlichem Befehl und Gehorsamspflicht der Untertanen, zu denen auch die Reichsfürsten gehörten, die nicht nur und nicht in erster Linie, aber doch auch Untertanen waren[92]; sie galt vermutlich in Übereinstimmung von juristischer Doktrin sowie von Rechtsempfinden und Verhalten der Untertanen in weitem Umfang für das Mittelalter und das ganze Ancien Régime[93].

Die juristisch begründete Einrede gegen kaiserliche Mandate konnte indessen massiv ausfallen. Als Kaiser Friedrich III. einer Supplik der Nürnberger Juden entsprach und dem Nürnberger Rat 1478 gebot, eine prozessuale Regelung im Zusammenhang mit der «neuen Reformation», welche die Juden benachteiligte, aus dem Statutenbuch wieder zu streichen, ließ sich der Rat dazu von seinem früheren Stadtjuristen, dem damaligen bayerischen Rat Dr. Martin Mair ein Rechtsgutachten erstatten. Um zu erweisen, dass die kaiserliche Annullierung nicht bestandskräftig sei, bestätigt der Jurist zunächst die Verträglichkeit des Statuts mit dem göttlichen und natürlichen Recht sowie dem Völkergemeinrecht, erhärtet sodann das autonome Satzungsrecht des Rats sowohl auf der Grundlage der zur Rechtsetzung befähigenden Jurisdiktionsgewalt Nürnbergs in Form des *merum et mixtum imperium* als auch kaiserlicher Privilegierung sowie unvordenklichem Herkommens und unangefochtener Ausübung und folgert daraus, dass das kaiserliche Mandat von jüdischer Seite mit nicht wahrheitsgemäßer Narratio *surrepticie* impetriert worden und daher

[90] O. STOBBE, *Geschichte des deutschen Rechts*, Braunschweig 1865, Nr. IX, S. 182 f.

[91] E. ISENMANN, *Recht, Verfassung und Politik*, S. 214-216; DERS., *Der römisch-deutsche König und «imperator modernus»*, S. 48-50; DERS., *König oder Monarch?*, S. 87 f.

[92] Zur Stellung der Reichsstände, die nach eigenem Bekunden durch ihr Handeln eigenständig Belange des Reichs wahrnehmen, vom König als natürliche und fiktive «Verwandte» («gesippte Freunde») betrachtet werden, die aber auch als den königlichen Befehlen unterworfene Untertanen von König und Reich gelten, siehe E. ISENMANN, *König oder Monarch?*, S. 96 f.; DERS., *Kaiserliche Obrigkeit, Reichsgewalt und ständischer Untertanenverband*, S. 679-690.

[93] Vgl. dazu die Überlegungen Alexis de Tocquevilles zur Praxis des absolutistischen Ancien Régime in *L'Ancien Régime et la Révolution*, l. II, Kap. 6, hrsg. von J.-P. MAYER, Paris 1967, S. 133-145.

«untauglich» sei. Wäre der Kaiser zutreffend unterrichtet worden und hätte man ihm die Rechte Nürnbergs nicht verschwiegen, so hätte er das Mandat nicht ausgehen lassen. Außerdem dürften Mandate und Reskripte, die in Abwesenheit der betroffenen Partei erwirkt werden, ohne dass sie geladen und gehört wurde, dieser Partei keinen Schaden verursachen. Ohne «redlich vrsach und erkanntnuss des rechten», ohne *iusta causa* und eine auf gerichtsförmiger Weise zustande gekommene Entscheidung, dürften einer Partei ihr Recht, ihre Freiheit, ihre Rechtsgewohnheit und ihr altes Herkommen nicht genommen werden. Damit rückt der Gutachter das Recht des Betroffenen, innerhalb des kaiserlichen Entscheidungsverfahrens gehört zu werden und eine Einrede vorzubringen, in den Bereich des unabänderlichen Naturrechts, das jedem das Recht zur «Einrede und rechtlichen Gegenwehr» zuerkenne. Angesichts der erdrückenden Fülle seiner Argumente gegen die Rechtswirksamkeit des kaiserlichen Mandats rät der Jurist dem Rat jedoch, wenn er in der Sache beim Kaiser vorstellig werde, zu vermeiden, dass der Kaiser den Eindruck gewinne, man wolle seine «Obrigkeit vernichten»[94].

Auch in anderen Fällen begründeten Juristen in Konsilien rechtliche Einreden gegen herrscherliche Entscheidungen und mandatsförmige Interventionen zum Vortrag beim Kaiser, so etwa als Kaiser Friedrich III. in einem Streitfall die Gerichtsbarkeit der Stadt Nördlingen durch Einsetzung eines kommissarischen Richters überspielte. Der kaiserliche Fiskal rechtfertigte unter Hinweis auf die Auffassung der Rechtsgelehrten das Eingreifen Friedrichs III. 1474 im Prozess gegen den Pfalzgrafen Friedrich den Siegreichen, als der Kaiser – angeblich als Richter in eigener Sache – den Richterstab an sich zog, mit der kaiserlichen *absoluta potestas* und stellte in Abrede, dass sich der Kaiser zunächst durch die prozessuale Ordnung den gemeinen Rechten unterworfen habe und er daher gebunden sei[95]. Es war von verfassungsrechtlicher Bedeutung, als die Fürsten den Kaiser 1486 aufforderten, auf sein Evokationsrecht und auf Eingriffe in laufende Prozesse zu verzichten, niemanden außer im Recht vorgesehenen Gründen *in integrum* zu restituieren, dem Gericht gegenüber nur seine «ordentliche Gewalt» und nicht die «Vollkommenheit

[94] StA Nürnberg, *Ratschlagbücher*, Nr. 2*, fol. 169r-178r. Zu dem ganzen Vorgang und zu dem Gutachten samt den Allegationen siehe E. ISENMANN, *Reichsrecht und Reichsverfassung*, S. 570-576; DERS., *Gesetzgebung und Gesetzgbungsrecht*, S. 212-228.

[95] E. ISENMANN, *Reichsrecht und Reichsverfassung*, S. 594 mit Anm. 194. Zur süffisanten Replik des Kaisers, er habe bislang nur auf «ungestüme Bitten» der Kurfürsten und Fürsten und ihnen zu Liebe restituiert, siehe E. ISENMANN, *Recht, Verfassung und Politik*, S. 245.

der kaiserlichen Gewalt» zu gebrauchen und dem Gericht sein gebührendes Verfahren, seine Hoheit und seine Zwangsrechte zu belassen[96]. Die Kurfürsten hingegen rieten, mit einer so weitgehenden Forderung, «als ob wir ... der ksl. Mt. das volkumen ir oberkeit beschneiden und entziehen wollten», nicht das Missfallen des Kaisers zu erregen[97].

Einreden wurden vor allem auch bei kaiserlichen Leistungsbefehlen vorgebracht, so bei Exekutions- und Schutzmandaten, die eine Mithilfe befahlen, und bei Geboten, die gegen die Türken oder europäische Mächte eine bezifferte Reichshilfe auf der Grundlage der Reichsmatrikel oder eine ungemessene Leistung «nach Vermögen» und «auf das höchste» verlangten, wobei die kaiserlichen Mandate in einigen reichspolitisch wichtigen Fällen mit der Strafe des *crimen laesae maiestatis* sanktioniert waren. Teilweise wurden mit einem Zug ins Konspirative der Rechtsgrund der Leistung und die Leistungsverpflichtung in Frage gestellt[98], intern die Rechtspflicht mit Gründen politischer Opportunität abgewogen[99] oder vor allem die Unmöglichkeit der Leistung geltend gemacht[100].

## IX. Affirmative Kontinuität und Beschränkung der kaiserlichen «plenitudo potestatis» und «absoluta potestas»

Konsilien des Freiburger Stadtschreibers, Rechtsgelehrten der Universität Freiburg und kaiserlichen Rats Ulrich Zasius (1461-1535)[101] aus dem früheren 16. Jahrhundert oder seines Schülers, des Basler Universitätslehrers und Ratsjuristen Bonifacius Amerbach (1495-1562)[102], aus

[96] *Deutsche Reichstagsakten. Mittlere Reihe*, 1. Bd., bearb. von H. Angermeier unter Mitwirkung von R. Seyboth, Göttingen 1989, Nr. 316, S. 319 f.

[97] *Ibidem*, Nr. 3/7, S. 321.

[98] E. Isenmann, *Recht, Verfassung und Politik*, S. 79-90.

[99] *Ibidem*, S. 90-105.

[100] E. Isenmann, *Kaiserliche Obrigkeit, Reichsgewalt und ständischer Untertanenverband*, S. 549-667.

[101] Udalricus Zasius (Zäsy), *Responsorum iuris, siue Consiliorum duos complectens libros* (künftig Zasius, *Consilia*), in *Opera omnia*, ed. Johann Ulrich Zasius und Joachim Münsinger von Frundeck, Bd. 6, Lugduni 1550, ND Aalen 1966. Zur Gutachtertätigkeit des Ulrich Zasius siehe S. Rowan, *Ulrich Zasius. A Jurist in the German Renaissance, 1461-1535,* Frankfurt a.M. 1987, S. 179-202.

[102] H.-R. Hagemann, *Die Rechtsgutachten des Bonifacius Amerbach*, S. 64-66; E. Isenmann, *Der römisch-deutsche König und «imperator modernus»*, S. 73-76.

der Mitte des 16. Jahrhunderts zeigen, dass in vergleichbaren Fällen die juristische Argumentation hinsichtlich der kaiserlichen Rechtsmacht ähnlich geblieben ist, doch finden sich zugleich neue Akzentuierungen sowie Einschränkungen auf bestimmte Handlungs- und Rechtsbereiche; und es kommt zu den bisherigen Autoritäten nunmehr die zeitgenössische humanistische Jurisprudenz, etwa in Gestalt des Andreas Alciatus, hinzu. Außerdem ist die Rechtsmacht des römischen Princeps in mancherlei Hinsicht nunmehr auch auf den Landesfürsten übergegangen[103], während ein Kölner Jurist im ausgehenden 14. Jahrhundert in der Frage von herrscherlichen Privilegienverleihungen noch eine deutliche Distanz zwischen der *absoluta potestas* des Kaisers und des Papstes einerseits und der Gewalt subordinierter, an die Gesetze gebundener Reichsfürsten wie des Herzogs von Kleve andererseits herausgestellt hatte[104]. Bereits für Zasius und Amerbach spielen schließlich mit der Wormser Kammergerichtsordnung von 1495 und nachfolgend mit der Wahlkapitulation Kaiser Karls V. von 1519 positiviertes Reichsrecht und dessen Vertragscharakter für die Einschränkung der kaiserlichen Gewalt verfassungsrechtlich eine zentrale Rolle, weil dadurch eine Fortentwicklung des Königtums und Kaisertums zur Monarchie im eigentlichen Sinne der Alleinherrschaft trotz der vorausgegangenen Rezeption römisch-kanonischen Rechts verlegt ist.

Im frühen 16. Jahrhundert resümiert Ulrich Zasius[105], dass über die *plenitudo potestatis* und die ihr zugehörigen Klauseln viel disputiert worden sei und es eine große Arbeit bedeute, diese Diskussion nachzuzeichnen. Je nach Sinnesart oder wie es vielleicht die Zweckmäßigkeit erfordere, werde die Gewalt des Princeps bald weiter, bald enger gefasst. Mit den Rechtsgelehrten stimmt Zasius in Konsilien überein, dass nicht vermutet wird, dass der Papst oder Kaiser durch die Gewährung eines Privilegs das Recht eines Dritten aufheben will. Ist dies aber die Absicht, so ist das Privileg dennoch nicht rechtsgültig, wenn im Verfahren der Impetration und Entscheidung der Betroffene nicht geladen wurde, wie es rechtlich notwendig ist. Das Erfordernis der Ladung und die dadurch ermöglichte

[103] «... constet principem in suo Ducatu tantum posse, quantum Imperator in Imperii, Bald[us] in [*Cod.* 8.53.34; *Dig.* 1.2.2], Philip[pus] Cor[nides] consil. cc. j. part. cum multis simil», ZASIUS, *Consilia* II, Consilium XVI, n. 7, Sp. 499.

[104] E. ISENMANN, *Recht, Verfassung und Politik*, S. 116.

[105] Zum Folgenden siehe E. ISENMANN, *Der römisch-deutsche König und «imperator modernus»*, S. 61-73. Dort sind auch die Allegationen wiedergegeben. Die hier genannten Konsilien des Zasius wurden nicht für städtische Räte, sondern für andere weltliche und für geistliche Auftraggeber erstattet.

rechtliche Verteidigung gehören dem *ius naturale* an[106]. Der Princeps kann gegen einen nicht geladenen Untertanen zu dessen Schaden nichts entscheiden und die dem Mandat eingefügten Klauseln der *plenitudo potestatis* und der *certa scientia* bewirken nichts, wenn durch sie das aufgrund von Natur- oder Völkerrecht erworbene Recht eines Dritten verletzt würde, denn das göttliche Recht und das Naturrecht entwaffneten, wie Baldus sage, machtvoll diese Klauseln[107]. Ein *ius quaesitum* darf nicht aufgehoben oder beeinträchtigt werden, wenn dies nicht ein dringlicher Grund der *utilitas publica* erfordert und dieser Sachverhalt im Mandat durch geeignete Klauseln ausdrücklich genannt wird. Die grundsätzliche Unantastbarkeit ergibt sich aus göttlichen Vorschriften, von denen der Princeps nicht abweichen darf: «Cum enim rem proximi ne concupiscere quidem, nedum tollere liceat, et quod nobis nolumus, nec alteri id fieri, praecepto diuino iubeamur»[108].

Vor allem rückt Zasius die Gewalt des Princeps in den Zusammenhang des Rechtsgedankens sowie von Vernunft und Billigkeit. Hinsichtlich der *absoluta potestas* des Kaisers, der von ihm als *divus princeps* und *divus Caesar* apostrophiert wird, ist Zasius im Unterschied zu einigen Gelehrten der Auffassung, dass sie sich nicht auf die Rechtsmacht erstreckt, *iura privatorum* zu verletzen. Die *potestas* des guten Princeps reicht vielmehr am weitesten, wenn er die Untertanen schützt und die Gerechtigkeit

[106] ZASIUS, *Consilia* II, consilium X, nn. 22-23, Sp. 414.

[107] BALDUS, Consilia 139 und 279, jeweils pars III; ZASIUS, *Consilia* II, consilium X, n. 25, Sp. 414.

[108] Matth. 7 [12] («Omnia ergo quaecumque vultis ut faciant vobis homines, et vos facite illis. Haec est enim lex, et prophetae»); Luc. 6 [31]; D.1 c.1; C.10 q.1 c.12; ZASIUS, *Consilia* II, consilium X, n. 7, Sp. 411. Zur 'goldenen Regel' im Neuen Testament sowie in Vorschriften anderer Kulturkreise als Grundregel der natürlichen Sittlichkeit siehe R. WEIGAND, *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus* (Münchener theologische Studien, III. Kanonistische Abt. 26), München 1967, S. 121-123. In England zitierte Sir John Fortescue († 1476) im Zusammenhang mit seiner Erörterung des «dominium regale» und den königlichen Einkünften den Ulpian-Satz «Quod principi placuit, legis habet vigorem» (*Dig.* 1.4.1), den er vordergründig in rein volutaristischem, nicht gesetzgeberischem Sinne heranzog, in Verbindung mit dem Prophetenwort «predic eis jus regis» (1 Samuel 8, 9), was nichts anderes heiße als «predic eis potestatem regis». Fortescue band den rechtmäßig und nicht tyrannisch regierenden König an das Gesetz Gottes und an das Naturrecht, das in diesem Falle – gemäß der goldenen Regel des Evangeliums – verlange, dass der König mit seinen Untertanen verfahre, wie er möchte, dass man mit ihm verführe, wenn er Untertan wäre. SIR JOHN FORTESCUE, *The Governance of England: Otherwise Called the Difference between an Absolute and a Limited Monarchy*, hrsg. von Ch. PLUMMER, Oxford 1926², Kap. 4, S. 117.

sichert. Untertanen Unrecht zu tun, gehört nicht zur *potestas* des Princeps, sondern kennzeichnet die Handlungsweise eines Tyrannen. Die Absicht (*mens*) des Princeps muss immer auf die Lauterkeit der Gesetze und die Unversehrtheit der natürlichen Vernunft gerichtet sein[109].

Geht Zasius gegenüber den herangezogenen Juristen des vorigen Jahrhunderts über die formellen Klauseln hinaus auch auf erkennbare, im Wortlaut und in der Natur des Rechtsgeschäfts (*negotium*) begründete Voraussetzungen der Rechtsvermutung einer *iusta causa* ein, die er nicht stets ohne Weiteres für gegeben hält, sondern aus den Umständen der Verfügung entnimmt, so reflektiert er in einem weiteren Schritt für seine Zeit kritisch den zu häufigen undifferenzierten Gebrauch der Klauseln der *certa scientia* und *plenitudo potestatis* in nahezu allen kaiserlichen Urkunden gemäß der Gewohnheit und dem Stil der kaiserlichen Kanzlei. Wenn diese Klauseln, wie es oftmals geschehe, routinemäßig unterschiedslos und unpassend eingefügt würden, komme ihnen kein ursprüngliches Gewicht zu. Die Principes sollen Zasius zufolge, dem es um die Bindung des Herrschers an das Recht und an rechtliche Verfahren geht, an ihrem Hof die unüberlegte und missbräuchliche Verwendung der Klauseln in ihren Reskripten abstellen, damit die Klauseln nicht dauernd, sondern nur in gewichtigen Angelegenheiten verwendet werden und auch nicht als Erlaubnis herhalten, jemandem sein Recht zu nehmen[110].

Überhaupt lenkt Zasius den Blick auf die Praxis, die Tätigkeit der Kanzlei und der *officiales* am Hof, denen eine wichtige Rolle zukomme, weil der Kaiser angesichts dringlicher Geschäfte nicht alles wahrnehmen könne, während der Mainzer Kanzler Dr. Pfeffer noch normativ und insoweit auch fiktiv den idealen Entscheidungsgang des die Sache erwägenden, selbst urteilenden und seinen Willen bekundenden Kaisers wiedergab. Die *plenitudo potestatis* soll nach Zasius nur erkennbar als gute und lobenswerte, nicht aber als tadelnswerte und tyrannische Gewalt und zudem, nach Baldus, selten und umsichtig in Anspruch genommen werden.

Von einer *potestas* des Princeps will Zasius im Anschluss an Baldus gewissermaßen definitorisch nur dann sprechen, wenn sie gesetzlich, vernünftig und gerecht ist; eine *potentia*, die ungerecht ist, erscheint eher als ohnmächtig oder kraftlos. Auch wenn der Princeps die höchste

[109] ZASIUS, *Consilia* II, consilium X, nn. 9-10, Sp. 412.

[110] «Concludendo, ea mandata flagitium continere et delictum, per quae licentia detur, quod iure suo aliquis expellatur, allegat [Baldus]» [*Cod.* 8.4.6]. ZASIUS, *Consilia* II, consilium X, n. 13, Sp. 412.

Gewalt (*suprema potestas*) innehat, ist diese Gewalt doch von Natur aus vernünftig; und deswegen muss der Vernunft gehorcht werden. Wie der Princeps die höchste Gewalt besitzt, so muss er als Regel die höchste Ehrbarkeit (*summa honestas*) und die höchste Billigkeit (*summa aequitas*) beachten, da vom Haupt die Vernunft (*ratio*) ausgeht. Der Kaiser hat die Gerechtigkeit zu schützen und muss daher notwendigerweise gerecht sein. Aus dieser Definition und Wesensbestimmung sowie aus verschiedenen weiteren Gerechtigkeitspostulaten zieht Zasius die gegen einen reinen herrscherlichen Voluntarismus gerichtete Schlussfolgerung, dass durch die Klauseln, welch großem Gefäß sie auch entströmten, dem anderen das Seine ohne Vernunftgründe, oder sogar gegen die Vernunft, nur nach dem Gutdünken des Willens und der Macht nicht genommen werden darf[111].

## X. Die Universalisierung der «kaiserlichen Gewalt» und das Delegationsprinzip

Bei nüchterner Betrachtung und im Lichte historischer Handlungsmöglichkeiten haben die *plenitudo potestatis* und *potestas legibus soluta* hinsichtlich des zentralen Gesichtspunkts der Gesetzgebung wenig aufregendes, denn es muss ja jemanden geben, der das menschliche positive Recht verändernd neuen Gegebenheiten anpasst. Die Notwendigkeit dazu wurde in der Vorrede zu dem von Ulrich Zasius verfassten *Neuen Stadtrecht* Freiburgs im Breisgau (1520) mit Bezug auf Justinian dessen Konstitution *Tanta* entnommen[112]. Reichsstädte nahmen wie Kaiser und Papst in ihrer Gesetzgebung eine solche derogierende, abrogierende und neues Recht setzende Gewalt in Anspruch, so wenn etwa der Ulmer Stadtrat seit dem Beginn des 15. Jahrhunderts immer wieder in Derogationsvorbehalten bekundete, die volle Gewalt («vollen gantzen gewalt») zu besitzen, sein eben erlassenes Gesetz ganz oder in Teilen zu verändern, zu mindern und zu mehren oder vollständig aufzuheben, wenn er es wolle und es ihm von Nutzen und notwendig zu sein erscheine[113]. Im Zuge der Universalisierung der kaiserlichen Gewalt als der höchsten weltlichen Gewalt und ihrer Lösung von der Person des Kaisers beanspruchten nach dem französischen König und den Reichsfürsten schließlich auch

[111] Zasius, *Consilia* II, consilium X, n. 16, Sp. 413.

[112] *Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands*, S. 243.

[113] C. Mollwo (Hrsg.), *Das rote Buch der Stadt Ulm* (Württembergische Geschichtsquellen, 8), Stuttgart 1905, Nr. 312, S. 176, Nr. 374, S. 194 f., Nr. 457, S. 227 Nr. 466, S. 231.

die Reichsstädte für sich in ihrem Gebiet ausdrücklich eine «kaiserliche Gewalt»[114]. Doch handelte es sich nur um eine delegierte Gewalt.

Der Ratsschreiber Lazarus Spengler legt in einem Gutachten von 1529 dar, dass auch Nürnberg, d.h. der Rat, die Stellung einer Obrigkeit innehat, versehen mit einer besonderen Regierungsgewalt (*regiment*) über die Stadtbewohner. Doch haben Stadt und Rat beides nicht aus eigenem Recht oder unmittelbar, sondern vom römischen Kaiser, dessen Amtleute und Verwalter die Ratsherren sind[115]. Die Nürnberger müssen ihre hohe Gerichtsbarkeit, das *merum imperium*, und andere Regalien vom Kaiser als ihrem «rechten Herrn» empfangen, vor dem kaiserlichen Gericht, d.h. dem örtlichen Stadtgericht und bei Appellationen dem kaiserlichen Kammergericht, zu Recht stehen. Der Schultheiß und der Stadtrichter sind «des Kaisers wegen da». In Bezug auf den Kaiser, die höhere Gewalt und Obrigkeit, und in Kollision mit ihm verlieren Stadt und Rat ihre Amtsgewalt, sie sind dann keine Obrigkeit mehr, sondern wie eine amtslose Privatperson (*ainzelige privata persona*) und unmittelbare Untertanen des Kaisers[116]. Juristischer und formaler formulierte der Nürnberger Ratskonsulent Dr. Johann Müllner in seinem Gutachten von 1531 den Delegationszusammenhang. Der Nürnberger Rat ist zwar eine Obrigkeit, doch seine Obrigkeit als die einer unteren Gewalt hört auf das Gebot des obersten Hauptes hin auf[117]. Die Obrigkeit wird als ein dem Kaiser zugehöriges Regal aufgefasst, das der Rat von Gott mittelbar durch den Kaiser erhalten hat. Die Delegation von Gewalten erfolgt in

[114] «Was nun der Kaiser zethun hat im Reich, das hat ain yede Oberkait nach mas yres gewalts auch macht in yrem territorio oder gebiet», Gutachten des Straßburger Stadtadvokaten Dr. Franz Frosch von 1533. W. HANS, *Gutachten und Streitschriften über das jus reformandi des Rates vor und während der offiziellen Kirchenreform in Ausgsburg (1534-1537)*, Dissertation Leipzig, 1901, S. 70, Anm. 1.

[115] Vgl. auch entsprechend zur Territorialstadt E. ISENMANN, *Gesetzgebung und Gesetzgebungsrecht*, S. 44 (Liegnitzer Stadtrechtsbuch des Nikolaus Wurm, um 1400).

[116] H. SCHEIBLE (Hrsg.), *Das Widerstandrecht als Problem der deutschen Protestanten 1523-1546* (Texte zur Kirchen- und Theologiegeschichte, 10), Gütersloh 1969, S. 36. Siehe dazu E. ISENMANN, *Widerstandsrecht und Verfassung*, S. 53-57. Vgl. JEAN BODIN, *Les six Livres de la République*, l. I., Kap. 8, S. 122: «il se peut faire qu'on donne puissance absoluë à vn ou plusieurs à certain temps, lequel expiré, ils ne sont plus rien que subjects».

[117] Johann Christian LÜNIG, *Europaeische Staats-Consilia*, S. 38 f. Allegiert wird *Dig.* 4.8.4: «Nam magistratus superiore aut pari imperio nullo modo possunt cogi ... inferiores possunt cogi». Vgl. die Allegation von *Dig.* 41.2.18 über den Besitz *alieno nomine* und *Dig.* 2.1.5 und *Dig.* 2.1.6 über die Verleihung der Jurisdiktionsgewalt *suo iure* oder – bereits abgeleitet – nicht aus eigenem Recht bei JEAN BODIN, *Les six Livres de la République*, l. I, Kap. 8, S. 122.

pontificia dei rescritti e alle tecniche di redazione dei documenti nelle cancellerie. Teoria e prassi giuridica si legano quindi in quest'ambito in modo inscindibile.

I giuristi tedeschi recepirono dunque le teorie civilistiche e canonistiche elaborate in Italia nel XIV secolo e fecero ricorso ad esse anche nella peculiare realtà giuridica e costituzionale dell'impero, soprattutto in certi casi concreti che presentavano problemi giuridici specifici. Così accadde quando fu richiesto loro di contestare provvedimenti e mandati imperiali pregiudizievoli dei diritti di una città loro committente: in questi casi essi fecero tutto il possibile per circoscrivere l'*absoluta potestas* dell'imperatore, che non poteva peraltro essere disconosciuta, ricorrendo alla presunzione giuridica dell'uso da parte dell'imperatore nel caso specifico della semplice *ordinaria potestas*, il che lo vincolava al rispetto delle formalità procedurali; per questa via era possibile contestare ad esempio il vizio di un'informazione scorretta contenuta nell'istanza presentata o appoggiata da un membro della Corte imperiale, che fosse stata accolta dall'imperatore con quel suo provvedimento lesivo dei diritti cittadini.

Solo in rari casi l'*absoluta potestas* dell'imperatore fu messa in relazione con il problema giuridico-politico del potere: ad esempio, quando il funzionario imperiale del fisco giustificava interventi dell'imperatore nella costituzione del tribunale e nel procedimento giudiziario, o quando, per contro, i principi elettori manifestavano la loro volontà politico-costituzionale che l'imperatore rinunciasse all'*absoluta potestas* di fronte al supremo tribunale imperiale, la Corte camerale imperiale.

Assai più spesso erano tuttavia i sudditi stessi che, in una vita pubblica sempre più marcatamente orientata in senso giuridico-giurisprudenziale, per ottenere l'efficacia di mandati in loro favore e di privilegi già conseguiti, avevano bisogno di un imperatore che si avvalesse dell'*absoluta potestas* e assumesse decisioni «de plenitudine potestatis» ed «ex certa scientia». Di fronte alla grande concorrenza di diritti e di rivendicazioni giuridiche particolari nell'Impero, infatti, anche titoli giuridici già conseguiti potevano divenire effettivi e affermarsi solo se l'imperatore adottava i propri provvedimenti con decreti aventi forza di legge, munendoli così di un effetto derogatorio. Dopo la riforma della costituzione dell'impero intorno al 1500, il giurista Ulrich Zasius nei suoi *consilia*, redatti in uno stile giuridico nuovo, sottomise più risolutamente l'*absoluta potestas* dell'imperatore al principio di diritto, giustizia e ragione, criticando l'uso massiccio e inflazionato delle clausole «de plenitudine potestatis» ed «ex certa scientia» da parte della cancelleria imperiale, anche indipendentemente dall'imperatore.

Verso la metà del XV secolo, in connessione con i primi tentativi di riforma dell'impero, il dibattito giuridico sulla *potestas ordinaria* e *absoluta* dell'imperatore si intrecciò con il dibattito politico-costituzionale e di filosofia dello Stato sulla questione se l'imperatore fosse – o dovesse essere – un monarca come nelle altre nazioni, un *unus princeps* al quale competeva il supremo potere di comando e di coercizione e al quale chiunque doveva prestare obbedienza assoluta, oppure se nella compagine dell'impero ci si trovasse di fronte a una pluralità di poteri sovrani. Niccolò da Cusa ad esempio vedeva nell'imperatore e nei principi territoriali i titolari di un *publicum officium* al servizio della *publica utilitas* e voleva che le signorie locali, che grazie all'ereditarietà e all'accumulo dei feudi si erano unite dando vita a un potere unitario, fossero ricondotte sotto l'imperatore in quanto poteri originariamente delegati e revocabili in ogni tempo. Un rapporto di questo tipo fu stabilito intorno al 1530 per quanto riguardava il consiglio reggente delle città imperiali, il quale di fronte ai cittadini rappresentava l'autorità, ma rispetto all'imperatore ad esso sovraordinato esercitava soltanto un incarico di governo frutto di una delega e quindi revocabile.

Con i concetti di *officium publicum* e *summa* o *absoluta potestas* e con il principio di delega entrarono nel dibattito giuspolitico fra XV e XVI secolo anche nel Sacro Romano Impero – il quale non divenne mai uno Stato moderno – elementi essenziali della semantica della moderna statualità.

*Traduzione di Lucia Bianchin*



# 4.
# *Giudizio e processo / Gericht und Prozess*



# «Periculis obviare et scandala removere»

## Note sul processo medioevale tra diritto e potere

di *Cecilia Natalini*

### 1. *Introduzione*

Nicola Picardi in occasione del recente bicentenario del codice di procedura civile in Italia, sintetizzava una tesi, da lui più diffusamente sviluppata in altro luogo, con queste parole:

> «Nell'ordine giuridico medioevale, che si poneva al di là del potere politico e dei suoi detentori ... la *iurisdictio* e la procedura – l'*ordo iudiciarius*, per usare la terminologia dell'epoca – trovavano il proprio fondamento nella dialettica e nell'etica, non nel potere politico ... All'*ordo iudiciarius* veniva riconosciuta natura originaria e, quindi, in certo senso extrastatuale: nessuno, neppure il papa avrebbe potuto prescindere dall'*ordo* e mutare le regole del processo»[1].

Questa descrizione del sistema processuale medioevale è presentata dallo studioso come un modello in qualche misura contrapposto e distante dal nostro, con riguardo al problema del giusto processo, soprattutto per l'inesistenza, allora, dello Stato. A questa assenza – osserva ancora Picardi – corrispondeva l'inesistenza di una 'ideologia ispiratrice' dello Stato e di una concezione politico-ideologica di esso da cui provengono ordinamenti, codici e leggi[2]. Una simile rappresentazione ha il pregio di far luce sulla possibilità di estendere anche al processo il principio cardine medioevale: quello dello 'stato di giustizia'[3], diverso dal nostro stato di diritto.

Peraltro, il modello medioevale, almeno quello dell'età matura, non ebbe sempre profili tanto lineari e incontrastati. Proprio l'ordine dei processi, in certi casi, non fu immune da ideologie volte a riversare i propri effetti

[1] N. Picardi, *Il bicentenario del Codice di procedura civile in Italia. Origine evoluzione e crisi del monopolio statuale della procedura*, in «Il giusto processo civile», 4, 2008, p. 941 nota 28.

[2] *Ibidem*, p. 941.

[3] È espressione di Ugo Nicolini, come ricorda D. Quaglioni, *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna 2004, p. 35.

sul sistema normativo, e non fu priva di tentativi di 'appropriazione' da parte del potere. Certamente, riconoscendo la sua fonte primaria al di fuori dell'ordinamento giuridico positivo, ossia nel diritto naturale, la pubblicistica medioevale richiedeva un *itinerarium mentis in Deum* senza cedimenti; richiedeva cioè l'adeguamento del diritto umano al diritto divino, fino alla formazione dello *ius publicum authenticum*, secondo la definizione di Enrico da Susa († 1271): cioè fino alla costituzione di un diritto pubblico che era tale non soltanto perché «a publicis personis introductum», ma anche perché «reipublicae expedit». Qui «in piena scolastica ..., è evidente l'ansia di dare una sistemazione logica alla materia»[4], una vecchia materia già ben presente alla sensibilità giuridica dei primi glossatori. Dunque il diritto pubblico era tale non solo *auctoritate* ma anche *utilitate*, e per giunta questa utilità pubblica riguardava non esattamente l'attuazione della legge, delle singole disposizioni di dettaglio, ma dello *ius* («largo modo publice interest quod quodlibet ius obseruetur»), ossia del principio di giustizia «ne quis re sua male utatur», come ben chiarisce l'Ostiense[5]. Tuttavia, sul piano concreto, un simile sistema poteva entrare in crisi, allora come oggi, nel momento in cui si avviò la concezione del potere che è stata definita da Paolo Grossi «potestativa»[6], ossia nel momento in cui il *princeps* iniziò ad interagire con il sistema normativo. In questo

[4] Cfr. F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, Milano 1965², p. 293.

[5] ENRICO DA SUSA, *Summa aurea*, in *X* 1.9: «Ius publicum authenticum largo modo dicitur quodlibet ius in scriptis redactum quia a publicis personis introductum, puta principibus, sanctis uel conciliis, sic etiam dici potest ius publicum qu libet constitutio municipalis uel Episcopalis ... Item quodlibet ius utilitate publicum est largo modo, nam reipublicæ expedit, ne quis re sua male utatur ... Item largo modo publice interest quod quodlibet ius obseruetur et ideo iudices constituuntur, quia parum esset iura habere in ciuitate nisi esset qui ipsum ius redderet et seruaret» (ed. Venetiis 1570, c. 43ra, *sub* n. 2). Recentemente J. KRINEN, *Le problème et la querelle de l'interprétation de la loi, en France, avant la Révolution (Essai de rétrospective médiévale et moderne)*, in «Revue historique de droit français et étranger», 86, 2008, pp. 187-189, 191-194 interpreta efficacemente la relazione tra diritto naturale e diritto civile come elemento chiave della *iurisdictio* medievale, da intendersi qui come l'atto del rendere giustizia. Da ciò si comprende la peculiare natura pubblicistica della giurisdizione, e la conseguente e intrinseca natura pubblicistica di un genere letterario, l'*ordo iudiciarius*, la cui osservanza è imposta dal diritto pubblico. Emblematica in tal senso la seguente osservazione dell'Ostiense: [*Summa aurea*, in *X* 1.9] «Ius uero humanum publicum, aliud publicum auctoritate et utilitate ut fiscale ... Item ut ordo iudiciarius obseruetur, sicut quod libellus offeratur, lis contestetur, ut sententia in scriptis feratur et ut ius reddatur et ut leges publicum statum respicientes seruentur ... Ergo lite non contestata non potest dari diffinitiua sententia ...» (ed. Venetiis 1570, c. 43*rb*-43*va*, sub n. 3*ca. m.*).

[6] P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma - Bari 2007, pp. 14-15.

quadro sembrano inserirsi le nuove polemiche trecentesche tra dualisti e ierocratici[7]. Al fondo di quelle v'era il problema del rapporto – e perciò dei confini – tra le due forme del diritto pubblico prima ricordate, cioè tra autorità e pubblico interesse. *Iustitia* e *veritas* nei processi iniziarono così a subire le ingiurie di una relazione che difficilmente trovava un equilibrio. In questo contesto medioevale, proteso peraltro, verso lo Stato moderno, si collocano le prime teoriche che affrontano il problema del rapporto tra il potere e l'espletamento dell'*ordo iudiciarius*, questione che spinge la riflessione dottrinale verso l'elaborazione di un sistema al tempo stesso flessibile nello svolgimento della procedura, ma rigido nella garanzia dei diritti processuali fondamentali, secondo una teorizzazione assai vicina e incline all'odierno concetto del giusto processo.

Non fa meraviglia dunque che l'origine medioevale del problema del giusto processo si colga in un episodio tipico del Trecento giuridico, episodio nel quale la nota decretale pontificia, «Pastoralis cura» di papa Clemente V, colse l'urgenza di individuare i princìpi indisponibili del processo. Il diritto naturale da un lato e la teoria della giusta causa dall'altro – questi furono i criteri di lettura della decretale – rappresentavano gli estremi di una reale tensione tra potere politico ed etica, senza mai perdere di vista l'essenza del processo: la *veritas*.

## 2. *La decretale «Pastoralis cura»*

Giovanni d'Andrea appunta sinteticamente il disposto della *Pastoralis cura* (*Clem.* 2.11.2), promulgata nell'anno 1313[8]. Tanto sintomatico e perspicace dovette sembrare l'*hoc dicit*[9] formulato dal glossatore ordinario della raccolta clementina – a fronte del lungo e misurato testo pontificio – da comparire come rubrica sotto cui la decretale *Pastoralis*

[7] Emblematica, al riguardo, la polemica interpretativa sorta intorno ai *duo luminaria*, su cui cfr. D. QUAGLIONI, *«Quanta est differentia inter solem et lunam». Tolomeo e la dottrina canonistica dei duo luminaria*, in «Micrologus», 12, 2004, pp. 395-406.

[8] La decretale era espressione da un lato della sovranità territoriale pontificia, e dall'altro dell'abbandono 'ufficiale' dell'idea della sovranità imperiale. In questo senso cfr. J.P. CANNING, *Law, Sovereignty and Corporation Theory, 1300-1400*, in J.H. BURNS (ed), *The Cambridge History of Medieval Political Thought c. 350-c. 1450*, Cambridge 1988, pp. 468-469.

[9] Sul genere letterario dell'*hoc dicit* cfr. A. ERRERA, *Alle origini della scuola del commento: le* additiones *all'apparato accursiano*, in F. LIOTTA (ed), *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, II, Bologna 2007, pp. 93-109.

fu raccolta e tramandata nel *Corpus iuris canonici*: «Sententia, lata contra citatum, extra citantis territorium exsistentem, nulla est ipso iure. H. d. Ioann. Andr.»[10]. Il problema nodale che il testo pontificio intendeva trattare e risolvere – come segnalava Giovanni – era quello del difetto di giurisdizione al di fuori dei confini territoriali del giudicante. Pertanto la sentenza pronunciata contro il convenuto regolarmente citato in giudizio ma appartenente ad un territorio non sottoposto alla giurisdizione del giudicante era *ipso iure* nulla. Questo era il giudizio pronunciato da papa Clemente che affermava la propria supplenza e benefica reggenza in caso di vacanza del seggio imperiale[11].

Il seggio imperiale effettivamente, all'epoca dei fatti di cui ci stiamo occupando, risultava vacante a seguito della morte di Enrico VII a Buonconvento. In ragione della riaffermata reggenza, con l'intento di «periculis obviare et scandala removere» – come recita appena in apertura la *Pastoralis* – il Papa dichiarava nulla la precedente sentenza imperiale di condanna del re Roberto di Sicilia incolpato di aver sollevato alcuni sudditi contro l'Imperatore e di averli istigati alla ribellione. Per questo l'Imperatore accusava il re di lesa maestà e – dopo averlo citato in giudizio a Pisa, città notoriamente nemica di Roberto, tanto da indurlo a non presentarsi per salvare almeno la testa – scioglieva i vassalli regi dal vincolo feudale. Ma il Papa, dopo la morte di Enrico, forte della reggenza esercitata – come precisava l'*incipit* della decretale – al fine di evitare scandali, pericoli e turbamenti «super cunctas Christiani populi nationes», interveniva per dichiarare nulla per difetto di giurisdizione territoriale la sentenza pronunciata dall'Imperatore, non essendo il re di Sicilia suddito dell'impero[12].

[10] Cfr. *Corpus Iuris Canonici*, Ae. FRIEDBERG (ed), II, Leipzig 1879 (rist. anast. Graz 1959), p. 1151.

[11] La dottrina della *plenitudo potestatis* riaffermata espressamente nel testo clementino a giustificazione e a supporto della supplenza pontificia in caso di vacanza del seggio imperiale non incontrava la condivisione dei legisti come Cino da Pistoia. Per respingere quella tesi Cino sottolineava che «imperium non est a Papa, sed pariter procedit una cum sacerdotio ab ipso Deo». Su quest'ultimo punto cfr. D. QUAGLIONI, *Le ragioni della guerra e della pace*, in *Pace e guerra nel Basso Medioevo*, Atti del convegno, Spoleto 2004, pp. 126-127.

[12] Sulle vicende storiche intercorse tra Clemente V e Enrico VII cfr. B. GUILLEMAIN, *Il papato sotto la pressione del re di Francia*, in D. QUAGLIONI (ed), *La crisi del Trecento e il papato avignonese (1274-1378)*, (Storia della Chiesa, XI) Milano 1994, pp. 225-228. Altra bibliografia in K. PENNINGTON, *The Prince and the Law, 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, Berkeley CA 1993, p. 166. Quest'ultima monografia è rilevante per il tema affrontato in questa relazione.

Piuttosto che porre termine ad una controversia di natura schiettamente processuale – la nullità della sentenza per difetto di giurisdizione – quella decretale riaccendeva i toni di antichi contrasti, riapriva vecchie ferite e, al tempo stesso, ne procurava di nuove, quasi a mostrare come il giudizio paradigmatico di Giovanni d'Andrea, finito ad intestare la decretale, rappresentasse la punta d'*iceberg* della tormentata pubblicistica di un medioevo che si apprestava a mutar pelle. Basti pensare che, nella formazione del dettato pontificio divenuto il testo della *Pastoralis cura*, si erano utilizzati alcuni passaggi dei *consilia* di Oldrado da Ponte riguardanti il tema della *plenitudo potestatis*[13].

I due rettori del mondo, l'Imperatore e il Papa, puntavano ciascuno alla *plenitudo potestatis*, originaria e non derivata dal Pontefice, negli intendimenti imperiali. Il paradigmatico interrogativo –

«poss'io a' sudditi miei, torre a cu' io mi voglio e dare ad un altro sanz'altra cagione, acciò che io sono signore e la legge dice che ciò che piace al signore si è legge intra i sudditi suoi?»,

quesito su cui ci si è soffermati a proposito di Federico Barbarossa nel primo dei nostri incontri sulle origini del diritto pubblico europeo[14] – riaffiorava carico di nuove valenze neppur troppo velate tra le righe della clementina. A leggere bene – insieme ai Dottori dell'età del Commento – si comprende che non soltanto il tema territoriale era di inciampo per l'agognata *potestas*. C'era dell'altro, e forse di più.

### 3. *Il problema della «defensio»*

Nel tirare le conclusioni, il testo clementino pronunciava poche brevi parole che si stagliavano come una lancia inferta contro il 'dare e togliere' attuato illegittimamente – a giudizio del Pontefice – da Enrico VII nei confronti del re di Sicilia. Il breve passaggio così corre:

[13] La segnalazione della richiesta del *consilium*, rivolta a Oldrado da parte di papa Clemente V, si deve allo studio di inizio Novecento di E. WILL, *Die Gutachten des Oldradus de Ponte zum Prozeß Henrichs VII. gegen Robert von Neapel. Nebst der Biographie des Oldradus* (Abhandlungen zur mittleren und neueren Geschichte, 65), Berlin - Leipzig 1917, pp. 20-51.

[14] Cfr. il mio *Spunti per una ricerca su «iurisdictio» e «legislatio» nella canostica della metà del sec. XII: «Ius dicitur, lex scribitur»*, in D. QUAGLIONI - G. DILCHER (edd), *Gli inizi del diritto pubblico. L'età di Federico Barbarossa: legislazione e scienza del diritto / Die Anfänge des öffentlichen Rechts. Gesetzgebung im Zeitalter Friedrich Barbarossas und das Gelehrte Recht* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Contributi/ Beiträge, 19), Bologna - Berlin 2007, pp. 283-84.

«Nec praedicta suppletio circa subditum etiam ad ea potuisset de ratione referri, per quae de crimine, praesertim sic gravi delato defensionis, (quae a iure provenit naturali) facultas adimi valuisset, quum illa imperatori tollere non licuerit, quae iuris naturalis existunt».

Il difetto di giurisdizione imperiale, ravvisabile nella mancata condizione di sudditanza del re di Sicilia (*praedicta suppletio*), non appariva superato e superabile neppure in ragione della notorietà del crimine commesso da Roberto, in particolar modo (*praesertim*) in considerazione del fatto che l'Imperatore aveva gravemente compromesso la possibilità di difesa del convenuto (*gravi delato defensionis*): la citazione era stata indirizzata a Pisa, città nemica del re di Sicilia, luogo dunque in cui difficilmente Roberto si sarebbe potuto recare per difendersi nel processo, difatti era rimasto contumace. E qui il testo clementino aggiungeva, appena tra parentesi[15], che la difesa ha fondamento (*provenit*) nel diritto naturale, e che l'Imperatore non può 'tollere' il diritto naturale. Per conseguenza – e dunque non soltanto per la questione territoriale – Enrico VII aveva pronunciato contro il re Roberto una sentenza nulla.

Evidentemente, in questi passaggi il Papa riapriva la *vexata quaestio* del crimine notorio[16]: per ricordare che, per quanto potesse in tal caso non rilevare la mancata sudditanza all'Imperatore ai fini della giurisdizione, nondimeno era necessario rispettare sostanzialmente, non solo formalmente, la *defensio* del convenuto, in quanto elemento processuale di diritto naturale («quae a iure provenit naturali») imprescindibile («quum illa imperatori tollere non licuerit, quae iuris naturalis existunt»). Ed è evidentissimo il richiamo ad un ulteriore tema chiave della pubblicistica di questo periodo, il richiamo cioè al problema dei limiti del potere del *princeps* di fronte al diritto naturale[17]. Sulle vecchie questioni del crimine

[15] L'importante inciso «quae a iure provenit naturali», riferito alla *defensio*, compare tra parentesi anche nelle edizioni cinquentine.

[16] Il tema – ancora discusso dalla dottrina dell'età del Commento – della non obbligatorietà del normale procedimento nel caso del notorio, ossia il delitto pubblicamente noto, era stato dibattuto fin dai tempi della Patristica. Ampi ragguagli sul punto in R. BERTOLINO, *Il notorio nell'ordinamento giuridico della Chiesa* (Università di Torino. Memorie dell'Istituto giuridico. Serie II, 120), Torino 1965, pp. 115-128. La questione aveva poi trovato una sistemazione definitiva nel senso dell'obbligatorietà del rispetto dell'*ordo*, nel Decreto grazianeo. Una sintesi sul punto in J.M. VIEJO-XIMÉNEZ, *La composizione del Decreto di Graziano*, in S.A. SZUROMI (ed), *Medieval Canon Law Collections and European Ius Commune*, Budapest 2006, pp. 118-121.

[17] Per una trattazione dettagliata sul punto si rinvia agli studi fondamentali di D. QUAGLIONI, *La procedura del controllo degli atti normativi del principe nella «République» di Jean Bodin e nelle sue fonti*, in A. GIULIANI - N. PICARDI (edd), *L'Educazione giuridica*, VI.1: *Modelli storici della procedura continentale. Profili filosofici, logici, istituzionali*, Perugia

notorio e della *plenitudo potestatis* si innestava dunque una riflessione di natura processuale, anch'essa in parte non nuova, quella del nesso indefettibile tra citazione come atto dell'attore e difesa del convenuto[18].

## 4. *I problemi legati alla «cognitio veritas»: Giovanni d'Andrea*

Una simile questione costituiva solo parzialmente una novità giacché riproponeva la relazione tra processo e diritto naturale. Che lo schema processuale nel suo insieme avesse avuto origine in Paradiso era un noto *topos* della scienza giuridica medioevale: dalla *Summa* di Paucapalea (a. 1148) fino allo *Speculum* del Durante († 1296) non è infrequente incontrare nelle fonti la citazione biblica narrante l'episodio di Adamo chiamato da Dio a rispondere del peccato commesso, e della difesa di Adamo che addossava la responsabilità del proprio comportamento ad Eva. Il diritto naturale risultava implicitamente evocato in ragione della derivazione da fonte biblica del meccanismo processuale cardine. Ma, d'altro canto, il tema del diritto naturale, nel Trecento giuridico, risulta ricco di nuove riflessioni, sospinto da un lato dalla rivoluzione tomista e dall'altro dalla pubblicistica d'Oltralpe.

In quel consolidamento della tradizione dottrinale processuale, formatasi a conclusione dell'età della Glossa, che è lo *Speculum* di Guglielmo Durante, la scena biblica a cui si faceva risalire l'origine del processo si presenta già con connotati tecnici di rilievo. Afferma lo *Speculator* che Adamo, rimproverato da Dio, come per opporre eccezione contro l'attore, addossò la responsabilità del crimine ad Eva[19]: «quasi actori exceptionem obijciens». A confrontare questo fraseggio, in cui spiccano i termini *actor* ed *exceptio*, con quello di Paucapalea, ci si rende conto delle conquiste

1994, pp. 54-61; D. QUAGLIONI, *Dal costituzionalismo medievale al costituzionalismo moderno*, in «Annali del seminario giuridico della Università di Palermo», 52, 2007-2008, pp. 60-64, e J.P. CANNING, *Law, Sovereignty and Corporation Theory*, cit., pp. 456-461.

[18] K. PENNINGTON, *The Prince and the Law*, cit., p. 188 sottolinea il significato processualistico della decretale *Pastoralis* che «established an essential element of due process and protected it from the will of the prince».

[19] *Speculum iudiciale, Proemium*: «Hinc est, quod iudiciorum ordo et placitandi usus in paradiso uidetur exordium habuisse. Nam Adam de inobedientia a Domino redargutus, quasi actori exceptionem obijciens, relationem criminis in coniugem, imo in coniugis actorem conuenerit ...» (ed. Basel 1574, rist. anast. Aalen 1975, p. *5rb*). Lo *Speculator* ripeteva pressoché *verbatim* il passo del Prologo alla *Summa* al Decreto di Stefano Tornacense, cfr. L. FOWLER-MAGERL, *«Ordo iudiciorum vel ordo iudiciarius». Begriff und Literaturgattung* (Ius Commune. Sonderhefte, 19), Frankfurt a.M. 1984, p. 1 nota 1.

raggiunte dalla scienza giuridica. Lo stesso episodio biblico era stato tratteggiato dal canonista dei primi del sec. XII in questo modo:

«Placitandi forma in paradiso primum videtur inventa, dum prothoplastus de inobedientiae crimine ibidem a domino interrogatus criminis relatione sive remotione usus culpam in coniugem removisse»[20].

Non v'è dubbio che Paucapalea tendeva a dare rilievo alla difesa di Adamo («relatione sive remotione usus») opposta a Dio suo accusatore, ma più rigorosamente, nello *Speculum*, quella difesa e quel soggetto accusante, elementi di spicco della scena biblica, sono indicati con il *nomen* tecnico rispettivamente di *exceptio* e di *actor*. Ne consegue che già nello *Speculum* si percepisce un genere di relazione non soltanto tra il processo, genericamente inteso, e il diritto naturale, alla maniera di Paucapalea, ma la relazione tra specifiche posizioni processuali – l'*exceptio*, l'*actor* – e il diritto naturale. C'è da notare semmai che in ogni caso quest'ultimo non risulta citato apertamente come *ius naturale*, ma è richiamato implicitamente – come si è detto – dallo svolgersi della scena in Paradiso, di fronte a Dio stesso, e dalla ulteriore citazione dei passi dell'antico testamento e di San Paolo che presuppongono l'esistenza di un *ordo iudiciarius*[21].

Pertanto con la clementina *Pastoralis* si attribuiva *vis legalis*[22] ad un principio già conosciuto e già condiviso dalla dottrina: l'origine del processo in Paradiso. Ma al tempo stesso si compiva un passo decisivo e nuovo nella parte in cui la questione veniva trasferita con puntualità sul piano tecnico-giuridico, cioè con la fissazione degli elementi processuali indisponibili perché fondati sul diritto naturale. Che questo fosse il risultato della clementina *Pastoralis* è evidente nell'accoglimento critico che i Dottori dimostrarono di fronte al breve passaggio della decretale prima menzionato. La relazione tra diritto naturale e processo avviava una nuova disputa scientifica, una nuova dogmatica destinata ad informare di sé il moderno diritto processuale. Di ciò si riceve una conferma nella cultura processualistica del pieno Umanesimo. La cinquecentesca *Tela iudicii* di

[20] PAUCAPALEA, *Summa decretorum*, *Prologus*, ed. J.F. VON SCHULTE, Giessen 1890, rist. anast. Aalen 1965, p. 1.

[21] Sia Paucapalea, sia lo *Speculator* osservano che l'origine del processo è rinvenibile anche nell'Antico Testamento, nel principio «In ore duorum vel trium testium stabit omne verbum» (Dt 17.6); e nel versetto paolino «Saecularia igitur iudicia si habueritis, contemtibiles qui sunt in ecclesia, illos constituite ad iudicandum» (*1* Cor 6.4).

[22] A.M. STICKLER, *Historia juris canonici latini*, I: *Historia fontium* (Studia et Textus Historiae Juris Canonici, 6), Roma 1950, pp. 266-267.

Roberto Maranta (1520-1525)[23] fa ancora menzione della *Pastoralis*[24] e dello stato della dottrina tre-quattrocentesca sul nostro tema[25]. Indirizzati dunque dall'opera del Maranta nel gettare uno sguardo *en diagonal* sui principali commentarii fioriti tra i secoli XIV e XV ci si rende conto della vitalità di un dibattito divenuto l'ombra lunga del problema più grande, ossia dei limiti alla *potestas*. E poiché il diritto naturale rappresentava un limite alla *potestas*, quella parte della scienza giuridica più rigida e meno disponibile a concedere aperture, in materia processuale tende a rinsaldare e perciò a tecnicizzare il legame tra processo e diritto naturale. Seguendo questa direzione si arriverà perfino a rivoluzionare un punto fermo della tradizione giuridica medioevale, a trasportare cioè dal terreno dello *ius civile* a quello dello *ius naturale* il fondamento delle *actiones*.

Ciò spiega perché la decretale *Pastoralis cura* che, per certi versi, rappresenta il punto finale di una riflessione antica sia divenuta l'occasione per iniziare un intenso lavoro di astrazione dei princìpi del diritto processuale, innanzitutto con riguardo al tema della citazione. Quasi a presagire la più tarda dialettica tra *mos gallicus* e *mos italicus*, si profilano già fra Due e Trecento due schieramenti che oppongono il pensiero Ultramontano a quello per così dire 'classico' italiano, incline a piegarsi di fronte alle scelte del diritto canonico.

Vi è un punto peraltro su cui i legisti concordano. Lo ricorda Giovanni d'Andrea nel commentario (a. 1322) alla famosa clementina *Saepe* (*Clem.* 5.11.2)[26]. Circa la quesione specifica, trattata dai legisti – se cioè chi è

[23] Per maggiori ragguagli sull'opera e sul suo autore cfr. M.N. MILETTI, voce *Maranta*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, LXIX, Roma 2007, pp. 436-39.

[24] ROBERTO MARANTA, *Tractatus de ordine iudiciorum*: «Sic ergo qui vult litigare contra aliquem ante omnia debet citare suum aduersarium in iuditio, alias processus non valet, quia citatio est inuenta de iure naturali et est species defensionis et nullo modo potest omitti etiam per principem vt est tex. in cle. Pastoralis, § Ceterum, de re iu. (*Clem.*, II.11.2in fi.) ...» (ed. Neapoli 1547, c. 94*vb*, sub n. 2).

[25] Cfr. *ibidem*, cc. 19*vb* sub n. 102, 20*ra* sub n. 105, 49*vb* sub n. 5, 95*ra*-95*rb* sub n. 7.

[26] Questo il passo in esteso (GIOVANNI D'ANDREA, *Clementinae Constitutiones suae integritati una cum glossis restitutae*, in *Clem.* 5.11.2) ad vv. *defensiones legitimae*: «Facit ad hoc de offic. dele., Ex parte (*X* I.29.12 et 13), 2 q. 7, Lator (C.2 q.7 c.44), et ibi no. Cod. de preci. Impera. offeren., l. Quotiens (*Cod.* 1.19.2). Et facit hæc littera et finis istius secundæ partis et iura prędicta ad quæstionem Legistarum de potestate, qui habet arbitrium an teneatur iustitiam partis seruare vel possit illam contra iura et iustitiam condemnare et voluntate uti. Et tenent quod iustitia et legitima partis defensio non tollitur per dationem arbitrii ... Facit de reg. iur. in generali, lib. Sexto (*VI* 5. *20*) cum suis concor. Et optime probat. constitutio Clemen. sup. de re iud., Pastoralis, § penult.

chiamato a giudicare sia tenuto ad osservare la giustizia o possa condannare contro il diritto e la giustizia, sulla base della sua sola volontà – è chiaro che la giustizia e la difesa legittima della parte non possono essere tolte. Questo assunto – aggiunge Giovanni – è provato chiaramente dalla clementina *Pastoralis*. Così, il rinvio al principio del diritto naturale si coglie attraverso la citazione della *Pastoralis*. Ma a miglior chiarimento della relazione tra il diritto di difesa e lo *ius naturale* il glossatore ordinario della raccolta clementina sottolinea che anche nei giudizi sommari istituiti dalla *Saepe*, per quanto vengano omesse alcune parti riguardanti lo svolgimento dell'*ordo*, giammai potranno essere omesse le parti attinenti alla definizione e decisione della lite («illa quae instituunt et decidunt causam»). In questo punto egli ha presente – e lo dichiara – non soltanto il dettato della *Saepe* e della *Pastoralis*, ma anche il principio di ordine generale che canonisti illustri quali papa Innocenzo IV, Enrico da Susa, Guido da Baisio – maestro di Giovanni[27] – avevano fissato per l'innanzi: si devono cioè tenere distinti gli *acta causae* dagli *acta iudicii*. I primi, ad esempio le confessioni e le testimonianze, riguardano il fatto dedotto; i secondi, quali la citazione e le garanzie, riguardano il procedimento in senso astratto ed assoluto, a prescindere dal fatto contingente. Questa

in fi. (*Clem.* 2.11.2). Et si dicas arbitrium ab eo qui potuit concessum, debet aliquid operari? Respondetur quod ad solemnitates quæ figuram iudicii respiciunt non tenent, ut hic (*Clem.* 5.11.2). Vnde not. quod de iis quae in iudicio aguntur quaedam sunt acta causæ uel litis, quædam iudicii: confessiones ergo attestationes et quae respiciunt factum proprie sunt acta causæ. Citationes, satisdationes et similia sunt acta iudicii, de hoc per Innoc. (Innocenzo IV, *Commentaria* in *X* 2.20.11, ed. Venetiis 1570, c. 155*ra* sub n. 1) et Hostien. de testi., Causam (Enrico da Susa, *Lectura* in *X* 2.20.11, ed. Argentine 1512, c. 310*ra*), et per Archid. de elec., Indennitatibus, § si uero (Guido da Baisio, *Apparatus* in *VI* I.6.43.1, ed. Venetiis 1577, c. 39*va* sub n. 4). Verba igitur 'sine figura iudicii', licet tollant aliqua ex eis quæ ordinant iudicium, non tamen illa quæ instituunt et decidunt causam. Non est ergo mirum si probationes et legitimas defensiones talis iudex admittit. Nil igitur talis iudex omittit per quod impediatur vel occultetur cognitio veritatis, vt sequitur, et per singula discernere potes illa vero quæ solemnitatem respiciunt, siue sint actus qui respiciunt iudicem, siue partem vtramque vel alteram remittuntur, et facit ff. de legat., I, l. Si seruus vetitus (*Dig.* 30.1.119) cum suis concor.» (ed. Venetiis 1615, pp. 236*b*-237*a*). Indicazioni bibliografiche sul processo sommario canonico in A. Errera, *Processus in causa fidei. L'evoluzione dei manuali inquisitoriali nei secoli XVI-XVIII e il manuale inedito di un inquisitore perugino* (Archivio pere la storia del diritto medioevale e moderno, 4), Bologna 2000, p. 58, nota 58.

[27] Cfr. F. Liotta, *Appunti per una biografia del canonista Guido da Baisio arcidiacono di Bologna (con appendice di documenti)*, in «Studi Senesi», 76, 1964, pp. 27-28; S. Kuttner, *Johannes Andreae and his Novella on the Decretals*, in «The Jurist», 24, 1964, p. 405, ora in *Studies in the History of Medieval Canon Law*, Aldershot 1990 (Variorum Collected Studies Series, 325), XVI.

distinzione era stata elaborata da Innocenzo IV, Enrico da Susa e Guido da Baisio al fine di chiarire che soltanto gli *acta causae*, ossia gli elementi processuali riguardanti il fatto dedotto in giudizio, valgono in perpetuo e che pertanto la citazione, sebbene sia da annoverare tra gli *acta iudicii*, non perde peraltro mai efficacia in relazione alla prescrizione. Ora la medesima dottrina viene riproposta da Giovanni al fine di sottolineare la necessità di salvaguardare il diritto del convenuto alla difesa («Et si dicas arbitrium ab eo qui potuit concessum, debet aliquid operari? Respondetur quod ad solemnitates que figuram iudicii respiciunt non tenent ... Vnde not. quod de iis quae in iudicio aguntur quaedam sunt acta cause uel litis, quædam iudicii» etc.): pur non rintracciandosi, nel ragionamento di Giovanni d'Andrea, una disquisizione aperta intorno alla irrinunciabilità della citazione, si comincia a profilare il collegamento tra processo e diritto naturale in ragione della insopprimibilità degli elementi processuali correlati alla *cognitio veritatis* («Nil igitur talis iudex omittit per quod impediatur vel occultetur cognitio veritatis»). Un nesso, questo, che era implicito nell'episodio biblico a cui si era soliti far risalire l'origine del processo: Adamo chiamato da Dio a dar conto della propria condotta, aveva spontaneamente cercato una strategia di difesa. Ma ora, verso il secolo nuovo, l'intera questione viene sviluppata con gli strumenti gnoseologici del giurista.

## 5. *La citazione e il diritto naturale: Bartolo*

Sulla stessa linea della dottrina di Giovanni d'Andrea è senz'altro Bartolo († 1357). Questi tratta espressamente il problema dei limiti all'*arbitrium liberum* del principe nell'atto di giudicare. Fin dalla formulazione del quesito introduttivo – «Potestas cui est datum liberum arbitrium non potest ius alterius lædere»[28] – si comprende che Bartolo tende a contemperare due princìpi: quello del libero giudizio del *princeps* da un lato, e dall'altro quello della pretesa della parte processuale a vedere rispettati, in quanto tale, i propri diritti. Se non si imponessero dei confini all'*arbitrium*, il *princeps* potrebbe agire iniquamente (*inique agere*)[29]. E certamente, per

[28] Bartolo, *In Primam digesti novi partem*, Venetiis 1570, c. 59*vb* sub n. 2.

[29] *Ibidem*, in *Dig.* 39.5.7: «Primo conceditur potestati arbitrium liberum, an possit ius alterius lędere. Hæc lex in prin. est in argumentum quod non, quod est verum et plene examinatur, de verb. sig., in Cle. Sæpe (*Clem.* 5.11.2), versic. 'Non sic tamen iudex, in gl. in versi. 'defensiones' (Giovanni d'Andrea, in *Clem.* 5.11.2, ad v. *defensiones*, ed. Venetiis 1615, p. 236*b*) vbi allegat bene. Ego dico quod est casus expressus supra, de test. mili., l. Cum filius (*Dig.* 29.1.28) coniuncta l. I, eo. ti. (*Dig.* 29.1.1). Quid si est dictum quod

la soluzione finale, non sfugge a Bartolo la legislazione decretalistica di riferimento che egli individua ovviamente nella due clementine *Saepe* e *Pastoralis*[30]. Tutta l'impostazione del problema è in sintonia con la canonistica: non soltanto per il richiamo alla legislazione delle decretali, ma soprattutto per la riflessione esplicita circa la necessità di tenere distinti, con riguardo ai princìpi del processo, gli atti che trovano la loro fonte nello *ius civile* – che possono pertanto essere trascurati – da quelli che si radicano nello *ius naturale*, necessari e indispensabili. Un altro modo di presentare la distinzione tra gli *acta causae* e gli *acta iudicii* messa a punto fin dai tempi di Innocenzo IV e ricordata ancora da Giovanni d'Andrea. Conseguentemente, anche Bartolo insiste sul fatto che la difesa è esistente per diritto naturale; e su questo assunto fa leva per dichiarare che essa non può essere impedita: come a dire, indirettamente peraltro, che il difetto di citazione sanzionato dalla clementina *Pastoralis* (a Pisa il re di Sicilia non si era potuto presentare per via della pericolosa inimicizia della città nei suoi riguardi) era inaccettabile perché maliziosa, data l'impossibilità del *reus* di difendersi[31]. Persino l'audizione dei testimoni, se avvenisse in difetto di citazione (*parte absente*), risulterebbe invalida[32], giacché simile

Potestas possit facere ad sui voluntatem? Videtur quod possit inique agere ... Quæro, quid si est dictum quod Potestas nullam iuris solemnitatem teneatur obseruare, quid ista verba important? Respon.: tollitur omnis solemnitas de iure ciuili. Ea vero que sunt de iure naturali vel gentium remanent. Vnde, cum de iure naturali vel diuino in ore duorum vel trium stet omne verbum, sufficiet de maleficio constare per duos testes ... Sed an tunc reo poterit auferri defensio? Certe non, cum defensio sit de iuregentium ... extra., de re iudi., c. Pastoralis, § cæterum in Cle. (*Clem.* 2.11.2). Item an eius vigore poterit testes examinare parte absente? Dico quod non, quia hoc esset auferre copiam defensionis. Item quia hoc non licet iure gentium cum dicat decretum nullo iure licere parte absente iudicare, III q. IX, c. Omnia et c. Absens (C.III q.9 cc.4 et 13)» (ed. Venetiis 1570, c. 60*ra* sub nn. 2-4).

[30] Sulla clementina *Pastoralis* si fonda la dottrina espressa da Bartolo nel *Tractatus De Tyranno* circa il problema della violenza pubblica. Sul punto cfr. D. QUAGLIONI, *Politica e diritto nel Trecento italiano. Il «De tyranno» di Bartolo da Sassoferrato (1314-1357)*, Firenze 1983, p. 52.

[31] A questo si aggiunge il rigore di Bartolo nella teorica della citazione: l'esigenza del requisito della scrittura e l'articolata disamina sulle citazioni *extra territorium*; temi che gli valsero la reputazione di fondatore del diritto processuale internazionale (cfr. G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano*, diretta da P. DEL GIUDICE, III/2, Milano 1927, pp. 256-257).

[32] Diversamente, il giuramento dei testimoni è istituto di *ius civile* che non inficia, se mancante, la validità del processo (BARTOLO, *In Primam digesti novi partem*, in *Dig.* 39.5.7): «Item an nunc possit recipere testes sine iuramento vel diebus feriatis in honorem Dei? Puto quod sic, quia hæ solemnitates fuerunt inductæ a iure ciuili ...» (ed. Venetiis 1570, c. 59*vb* sub n. 5).

prova sarebbe assunta nel processo precludendo alla parte non citata, di esercitare il diritto di fornire una controprova. In altre parole, Bartolo segna la via verso un elemento processuale che la nostra processualistica contemporanea indica come il principio del contraddittorio nella formazione della prova. Da questo argomentare si percepisce una relazione tra la citazione e il diritto a difendersi, ancorché quest'ultimo, in linea con la tradizione, resti il punto centrale della riflessione bartoliana.

## 6. *La citazione e il diritto naturale: Baldo*

A questi temi condivisi da Giovanni d'Andrea e ripresi da Bartolo, Baldo degli Ubaldi († 1400) aggiunge una voce nuova. Egli, diversamente da quanto si è osservato finora, lega puntualmente e apertamente il tema della citazione a quello del diritto alla difesa, in maniera così articolata da far luce su ulteriori caratteri di 'naturalità' del processo: «Naturale nil est tam, quam veritas»[33]. Ciò per dire che il diritto naturale opera nei giudizi in tanto in quanto è teso a ricercare la *veritas*, lemma che sembra di dover intendere secondo la cultura del tempo, cioè con il significato dei *verba* pronunciati da Cristo: «Ego sum veritas». Dunque, ogni atto procedurale dovrà essere teso al compimento della giustizia divina[34]. Baldo ricerca la realtà intrinseca dello *ius naturale* nei singoli atti di cui il giudizio si compone, a significare che la citazione è imprescindibile perché correlata all'acquisizione della *veritas*[35]. Ma v'è un'ulteriore esigenza

[33] Il passo in esteso *infra*, nota 41.

[34] Il concetto di *veritas* ricercata nel processo non sulla base delle formalità dell'atto introduttivo della lite, ma attraverso i princípi dei Padri della Chiesa e secondo le forme previste nei canoni, risulta già utilizzato nella decretale *Dilecti filii* di papa Alessandro III (1 *Comp.*, 2.20.1) rifluita in *X* 2.1.6, come osserva F. Liotta in una ricerca sul *nomen actionis* che ho potuto consultare in stesura provvisoria manoscritta per gentile concessione dell'Autore. Al tempo di Baldo, inoltre, la *veritas* intesa come «verità naturale» voluta da Dio stesso è principio filosofico elaborato da DANTE nella *Monarchia*: «... aliquod principium est assumendum in virtute cuius aperiende veritatis argumenta formentur ... Hec igitur irrefragabilis veritas prefigatur: scilicet quod illud quod nature intentioni repugnat Deus nolit. Nam si hoc verum non esset, contradictorium eius non esset falsum, quod est: Deum non nolle quod nature intentioni repugnat» (*Monarchia*, II/2, 1-3). Si noti fra l'altro che la *Monarchia* dantesca fu scritta «senza dubbio nel 1312-1313, al momento dell'avventura italiana di Enrico VII» (B. GUILLEMAIN, *Il papato*, cit., p. 228), cioè nel momento stesso della promulgazione della *Pastoralis cura*.

[35] BALDO DEGLI UBALDI, *In primun, Secundum et Tertium Codicis Librum, Commentaria*, in *Cod.* 1.14.12: «Ideo enim pars est citanda ut possit se defendere, quæ defensio est de iure gentium seu naturali et ideo non potest auferri ut ff. de re mi., l. 3, § si ad diem

processuale assolta dalla citazione: quella della valida instaurazione del giudizio. A questa conclusione Baldo giunge ragionando intorno al caso del crimine notorio. Se la citazione rilevasse al solo fine di consentire la difesa del convenuto, se ne ricaverebbe che essa non sarebbe necessaria quando l'esercizio del diritto alla difesa fosse addirittura di ostacolo alla *veritas*: come nel caso del notorio, in cui la difesa realizzerebbe un comportamentamento contrario alla verità delittuosa da tutti riconosciuta come tale. E ancora: laddove di fatto la parte si presenti in giudizio e sia dunque nella concreta possibilità di difendersi, sarebbe irrilevante il difetto di citazione. Queste considerazioni sono l'occasione per una precisazione conclusiva: «Citatio tenuit ad duos effectus»[36]. L'effetto processuale della citazione non è da considerare soltanto con riguardo alla effettiva possibilità di difesa della parte chiamata in giudizio[37], come

(*Dig.* 49.16.3.7), et in c. Pastoralis, de re iud., in cle. (*Clem.* 2.11.2), et ff. de adoptio non iure facta et l. Nam ita diuus (*Dig.* 1.7.38 et 39) cum si. Item coram Principe requiritur examinatio et ventilatio ueritatis, quia inquisitio ueritatis est de iure gentium. Vnde licet solemnitates legales non teneatur Princeps, et hoc est quod est litera, dum dicit 'cognitionaliter' (*Cod.* 1.14.12*pr.*), quam bene no.» (ed. Venetiis 1599, c. 70*ra* sub n. 3).

[36] BALDO DEGLI UBALDI, *In Sextum Codicis Librum Commentaria*, in *Cod.* 6.35.9: «Dubitari consueuit numquid in notorio requiratur citatio? Et videtur expressum quod sic in c. Pastoralis, de re iudi., in cle. (*Clem.* 2.11.2), quia citatio tendit ad defensionem, ideo enim citatur vt compareat et se defendat vt no. infra vnde vi, l. Meminerint (*Cod.* 8.4.6), et infra si per vim vel alio modo, l. fi. (*Cod.* 8.5.2). Et ideo quia ad hos duos fines tendit citatio, videtur esse de iure naturali, sicut ipsa defensio. Et si contra fiat, fieret contra ius naturale cui etiam Princeps suppositus est. In contrarium videtur quia, cum nullam habeat defensionem, non potest prætendere lesionem: ad quid enim citaretur? Bene enim fateor quod defensio est de iure naturali, si qua est. Sed quando nulla est, de iure naturali esse non potest quia subiectum naturæ est ens, et ideo Papa ibi videtur esse loquutus irrationabiliter. Tu tene quod est necessaria citatio alia ratione, quia vbi non est citatio ibi non est reus nec iudicium, nec potest contrahi hermodicium et ideo nec ferri sententia, maxime capitalis ... Et ita firmiter tenendum est quod nulla diffinitiua ferri potest quantumcunque ex notorio nisi præcedat legitima citatio ... Sed pone quod aliquis est in præsentia iudicis ob aliquam causam, modo iudex vult eum compellere ad respondendum cuidam inquisitioni. Ipse dicit: domine faciatis me citari. Respondet iudex: citatio sit solum ad finem habendi præsentiam, tu es præsens et ideo responde, nec debes habere terminum ad deliberandum in proprio facto. Sed reus dicit: imo quia citatio tendit ad duos effectus: scilicet comparitionis et interim præparandę defensionis et muniendi se testibus et aliis necessariis, vt no. supra de feri., l. I in princ. (*Cod.* 3.12.1*pr.*). Respon.: nisi reus sit suspectus de fuga, non cogitur respondere, arg. infra de exhiben. reis, l. II (*Cod.* 9.3.2). Non enim est praecipitandus, argu. ff. de suc. edi., l. I, § largius. (*Dig.* 38.9.1.12). Ad hanc tamen allegationem in notorio crimine non debet admitti quia nulla debet dari dilatio ...» (ed. Venetiis 1586, c. 125*ra* sub nn. 8-9).

[37] Baldo cita, al riguardo, l'opinione di Giovanni d'Andrea con cui risulta essere in polemica: (BALDO DEGLI UBALDI, *In Sextum Codicis Librum Commentaria*, in *Cod.* 6.35.9)

affermato tradizionalmente dalla dottrina. Ciò è senz'altro vero anche per Baldo, in ragione del nesso tra il diritto alla difesa e lo *ius naturale* («pars est citanda ut possit se defendere, quæ defensio est de iure gentium seu naturali et ideo non potest auferri»)[38]. Ma egli osserva in più che la citazione ha anche l'effetto di permettere alla parte, in quanto citata[39], di ottenere una sentenza valida, perciò «etiam sententia principis non valet absque citatione»[40].

Con la teorizzazione di questo duplice fine, Baldo fa luce sulla citazione quale titolo di legittimazione del convenuto a presentarsi in giudizio e conseguentemente a difendersi legittimamente, quasi che la *veritas* sostanziale potesse essere perseguita soltanto attraverso la *veritas* processuale, cioè attraverso l'espletamento di quegli atti procedimentali che sono imprescindibili e che per questo Baldo lega allo *ius naturale*. Un legame che si attuerebbe unicamente in via secondaria, se messo in relazione alla sola difesa del convenuto – «citatio non est de iure naturali principali-

«Sed Io. An. dicit in c. fi., de elec., lib. 6 in Novella (GIOVANNI D'ANDREA, *Nov. in Sext.*, in *VI* 1.6.47, ed. Venetiis 1499, rist. anast. Graz 1963, p. 72a) quod citatio non sit nisi ad finem comparitionis. Sed tu dic, vt dixi, quod etiam ad finem defensionis, vt d. c. Pastoralis (*Clem.* 2.11.2) ...», ed. Venetiis 1586, c. 125ra *sub* nn. 8-9). Giovanni d'Andrea, nel passo citato da Baldo, sostiene che la citazione mette il convenuto nella condizione di presentarsi e difendersi. Ma se, pur non citato, questi si presenta in giudizio, il diritto alla difesa è comunque salvo [GIOVANNI D'ANDREA, *Nov. in Sext.*, in *VI* 1.6.47]: «Item in processu et in sententia satis est partem esse presentem. Patet primum de accu., Qualiter, § debet (*X.* 5.1.24), secundum ff. de re iud., De unoquoque (*Dig.* 42.1.47), in quibus nihhil dicitur de citatione. Sed solum de presentia benefacit Cod. quomodo et quando iudex, in rubr. (*Cod.* 7.43) et l. Si ut proponis (*Cod.* 7.43.5) ubi a contrario colligitur, quod si citata fuit pars ad certum locum, si iudex alio loco procedat, tenet processus parte presente. Item cum effectus vocationis sit ut ueniat citatus, ex quo presens est, cessat citandi necessitas, bene facit ff. de lib. agno., l. I, § fi. (*Dig.* 25.3.1.16) ...» (ed. Venetiis 1499, rist. anast. Graz 1963, p. 72*a*). Diversamente, per Baldo la citazione ha anche l'effetto di consentire il corretto costituirsi dell'*ordo*: «vbi non est citatio ibi non est reus nec iudicium», cfr. la precedente nota. Questa disputa, peraltro, rafforza il legame dell'atto di citazione con il diritto naturale, giacché mira a sottolineare che l'osservanza dell'*ordo* nelle sue parti essenziali, è la garanzia della *veritas* a cui non sfuggono né il *princeps* né il Papa, come sostenuto anche dalla scienza canonistica.

38 Cfr. *supra*, nota 35.

39 Per una analisi dettagliata degli effetti della citazione, ma secondo una dottrina attribuita alla sola canonistica, erede del sistema romanistico, si veda lo studio di fine sec. XIX di E.J. TARDIF, *Étude sur la litis contestatio en droit romain*, Paris 1881, pp. 285-286.

40 BALDO DEGLI UBALDI, *In Sextum Codicis Librum Commentaria*, in *Cod.* 1.14.12: «Princeps non tenetur seruare ordinem iudiciorum in procedendo ... Debet tamen pars citari alias non vale<t> sententia Principis et potest opponi de nullitate ... (ed. Venetiis 1599, c. 70*ra* sub n. 3).

ter propter se, sed propter defensionem»[41] – ma che diviene cogente se rapportato al corretto costituirsi dell'*ordo*. Una lezione, questa, destinata a consolidarsi nella «comparsa di costituzione e risposta» – i due effetti della citazione, appunto – che è la formula in uso, per il convenuto, nel sistema processuale contemporaneo.

Vi è poi un ulteriore tratto della dottrina di Baldo che lega il processo al diritto naturale: «Coram Principe requiritur examinatio et ventilatio ueritatis, quia inquisitio ueritatis est de iure gentium»[42]. Questo postulato che Baldo utilizzza per giustificare l'obbligo, anche per il *princeps*, di osservare gli *acta iudicii*, porta di nuovo l'attenzione sulla *veritas* come elemento primo di diritto naturale, cui tende l'osservanza dell'*ordo* processuale. Il tema dell'*inquisitio veritatis* muove Baldo a respingere la clementina *Pastoralis* nella parte in cui indica il difetto territoriale della giurisdizione imperiale. La validità della sentenza imperiale emessa per reprimere un crimine notorio si regge proprio sulla necessità (*requirere*) dell'*inquirere* come elemento di diritto naturale cui il principe è preposto.

## 7. *Il problema della «giusta causa»*

Proprio il tema degli atti normativi del principe fa sì che alle chiare prese di posizione della dottrina circa la difesa del convenuto – difesa che neppure il *princeps* può *tollere* – si debbano aggiungere gli ulteriori sviluppi apportati dal problema della giusta causa[43]. Quest'ultima, con riferimento al processo, rimetteva in discussione gli elementi indisponibili finora considerati. L'opinione bartoliana parlava chiaro, ed è nota: la *iusta*

[41] BALDO DEGLI UBALDI, *In VII. VIII. IX. X. et XI Codicis Libros Commentaria*, in *Cod.* 7.53.8: «Non obstat quod defensionis facultas prouenerit de iure naturali quia notorie delinquere plus est quam confiteri reatum, cum ipsa notorietas haberet tunc permanentiam de presenti. Et iustificatio, que est defensio naturalis, non poterat ibi pretendi nec etiam allegari eo quod nulla naturaliter suppetebat. Nam sibi semper mentiens imprudentia rerum merita permutare non potest. Vnde non tollebatur ibi materia defensionis de iure naturali cum etiam esset impossibile de iure naturali, id est de ipsa veritate. Nihil est enim tam naturale quam veritas nec tam forte vt legitur in Esdra (cfr. *in extenso, Biblia Apocrypha 1 Esd*, c. 4, 40-41). Rursus citatio non est de iure naturali principaliter propter se, sed propter defensionem ...» (ed. Venetiis 1586, cc. 76*vb*-77*ra* sub n. 46).

[42] Cfr. *supra*, nota 35.

[43] Sul tema della giusta causa cfr. da ultimo E. CORTESE, *Absolutisme et légalité dans le droit savant du Moyen Âge. Les deux faces d'une même médaille*, in J. KRYNEN - M. STOLLEIS (edd), *Science politique et droit public dans les facultés de droit européennes (XIIIe-XVIIIe siècle)*, Frankfurt a.M. 2008, pp. 121-124.

*causa* agiva come limite alla *voluntas* del principe. Quando Bartolo precisa e difende il principio secondo cui il principe può disporre in maniera contraria allo *ius gentium* soltanto in presenza di una giusta causa ha l'intenzione di frenare le tesi alla Buttrigari che consentivano l'esercizio incondizionato della *plenitudo potestatis*[44]. Ma in realtà l'intera questione della citazione, fonte del diritto alla difesa, istituto di diritto naturale, più che un limite pareva ricevere un'apertura dalle teorie sulla giusta causa. Un primo sentore del rilassamento del principio di indisponibilità della citazione provocato dalla teoria della giusta causa sembra adombrato già in Baldo. V'è un passaggio del suo commentario in cui, nel riprendere il problema della validità della sentenza del principe *parte non citata*, egli non conclude per la risposta negativa, come ci si aspetterebbe e come avviene in altre parti della sua opera, prima esaminate. La legge *Nec causas* (*Cod.* 7.62.15) – osservava Baldo – consentiva di ritenere valida la sentenza del principe pronunciata in difetto di citazione, poiché qualunque azione del principe (*factum principis*) compiuta nei confronti dei sudditi è efficace laddove esista la giusta causa. E così egli superava anche il divieto fissato nella clementina *Pastoralis*, dato che quest'ultima riguardava soltanto i soggetti non immediatamente sudditi dell'Impero. Nell'ammettere simile concessione Baldo ricordava – ancorché in maniera imprecisa – che si trattava di una tesi presente nella glossa accursiana[45]. In realtà Accursio, nella glossa citata da Baldo, non aveva scritto *iusta causa*. Aveva però fatto esplicito riferimento alla clausola «non obstante»[46], utilizzata nelle teoriche sulla giusta causa consolidatesi con le dottrine del Commento come criterio di superamento del divieto imposto al principe di *rescribere contra ius*[47], Baldo peraltro coglieva il senso di apertura delle

[44] Si veda al riguardo D. QUAGLIONI, *La procedura del controllo*, cit., pp. 59-60.

[45] BALDO DEGLI UBALDI, *In VII. VIII. IX. X. et XI Codicis Libros Commentaria*, in *Cod.* 7.62.15: «Fuit antiquitus quæstio disputata utrum valeat Imperatoris sententia parte non citata. Et ista litera (*Cod.* 7.62.15) videtur probare quod sic quia lata causa non cognita valet, sicut valet eius privilegium ut no. in l. Is qui Reipublicæ causa abesse, ff. ex qui can. ma. (*Dig.* 4.6.36), vbi gl. dicit quod si est iusta causa ualet factum Principis etiam sine citatione (ACCURSIO, *Glossa ordinaria*, in *Dig.* 4.6.37, ad v. *Constitutionibus*, ed. Lugduni 1627, col. 571). Non obst. c. Pastoralis, de re iud., in cle. (*Clem.* 2.11.2), quia ibi processit imperator contra non subditum sibi principaliter, sed ecclesiæ Romanæ» (ed. Venetiis 1586, c. 99*vb* sub n. 3).

[46] ACCURSIO, *Glossa ordinaria*, in *Dig.* 4.6.37, ad v. *Constitutionibus*: «Scilicet quatuor mensibus ..., et hoc ex concessione principis, non alias ... Vltra ergo nullo modo etiam principe permittente, nisi forte diceret non obstante hac lege ...» (ed. Lugduni 1627, col. 571).

[47] Più ampi ragguagli sul punto in D. QUAGLIONI, *La procedura del controllo*, cit., pp. 55-60; J.P. CANNING, *Law, Sovereignty and Corporation Theory*, cit., pp. 458-460.

parole accursiane («Vltra ergo nullo modo etiam principe permittente, nisi forte diceret non obstante hac lege»), e ne traeva conclusioni ugualmente di apertura per quanto riguarda la citazione.

Ma la questione davvero sfuggiva di mano con le dottrine condivise da Cino da Pistoia († 1336-1337), che presumevano esistere sempre, nel *princeps*, la giusta causa. Ciò comportava che, relativamente alla citazione, finisse per rientrare dalla finestra ciò che era uscito dalla porta: in sostanza, grazie alla teoria della presunzione, il principe avrebbe potuto omettere la citazione. Sempre[48].

## 8. *Il problema della «giusta causa». Le restrizioni della canonistica: Panormitano*

Di fronte a questo reale pericolo non restava insensibile la canonistica. A mitigare fortemente la nuova impostazione del problema della giusta causa, riferita alla citazione, non tarda a levarsi la voce del Panormitano († 1445), acceso oppositore di Cino. La sua tesi restrittiva si colloca a conclusione dell'impostazione canonistica tradizionale. Egli afferma che anche il Papa, nella qualità di *princeps legibus solutus*, non è tenuto ad osservare le forme del processo che sono fissate dal diritto positivo, cioè dallo *ius civile* («ordo inductus mero iure positiuo et illius defectus non habet vitiare processum coram principe»), tuttavia non può pretermettere gli elementi della procedura che, come la citazione, trovano la loro fonte nello *ius naturale*, altrimenti la sentenza non sarebbe validamente pronunciata[49], e il giudice non potrebbe esercitare i poteri di cognizione

[48] Per i dettagli della dottrina di Cino si rinvia a K. PENNINGTON, *The Prince and the Law*, pp. 130-131

[49] PANORMITANO, *Commentaria Tertiæ Partis in Secundum Librum Decretalium*, in *X* 2.27.19: «No. secundo quod etiam Papa debet seruare iuris ordinem et rigorem æquitatis ut contra iustitiam nulli parcat. An autem teneat sententia si Papa non seruauit iuris ordinem? Dico sic, quod quidam est ordo inductus mero iure positiuo, et illius defectus non habet vitiare processum coram principe, quia legibus non ligatur, cum sit supra legem, ut l. Digna vox, Cod. de legi. (*Cod.* 1.14.4) ... Quidam est ordo iuris fundatus super iure naturali, ut quod sententia feratur parte uocata. Et si ille ordo prætermittitur non ualet sententia, hoc uidetur uelle tex. iuncta glo. in d. l. fina. (ACCURSIO, *Glossa ordinaria*, in *Cod.* 1.14.12, ad v. *cominus*, ed. Augustae Taurinorum 1576, c. 122*rb*) et firmat aperte ibi Bal., argu. cle. pastoralis, de re iudi. (BALDO DEGLI UBALDI, *Commentaria*, in *Cod.* 1.14.12, ed. Venetiis 1599, c. 70*ra* sub n. 3), et no. hoc dictum» (ed. Venetiis 1588, c. 109*vb* sub n. 1). Per la corrispondenza con il pensiero di Baldo cfr. *supra*, nota 40. E ancora, PANORMITANO, *Commentaria Primæ Partis in Secundum Librum Decretalium*, in *X* 2.1.6: «Circa hoc quero, quid si dicatur in aliqua commissione 'procedas non obstante

della causa[50]. C'è un convincimento preciso al fondo di simile risoluzione che il Panormitano esprimeva in altro luogo, a proposito del giudizio di legittimità delle consuetudini, e che rende esplicita la ragione della inderogabilità tassativa degli istituti di diritto naturale: «finis iuris canonici et diuini est felicitas anime, finis vero iuris ciuilis est bonum publicum»[51]. E ancora: «ius canonicum principaliter intendit hominem dirigere in Deum et uenit ad bonum publicum ecclesiasticum»[52].

Quanto alla giusta causa, il Panormitano taglia corto, e affronta direttamente il problema della presunzione in relazione all'elemento territoriale della giurisdizione. Egli ammette (*fateor*) che si debba accettare la presunzione, nel principe, della giusta causa, secondo quanto sostenuto da Cino: ma è necessario innanzitutto che la fattispecie sia di dubbia interpretazione e di incerta soluzione, e poi che la lite veda coinvolto un suddito dell'impero, altrimenti non potrebbe aver luogo la presunzione. Era questo un modo per salvare le disposizioni della *Pastoralis cura*, che riteneva il re Roberto di Sicilia suddito del Papa e non dell'Imperatore[53].

iuris solemnitate'? Dic post Bar. in l. Filiusfamilias, ff. de don. (BARTOLO, *Commentaria*, in *Dig.* 39.5.7, ed. Venetiis 1567, c. 67rb, *sub* n. 2) quod per hæc verba censetur solum sublata solennitas iu. ciui., non autem solenni. iu. diuini seu iurisgentium. Et ideo hoc casu sufficient duo testes, quia hoc est de iure diui. et gentium, licet alias cessantibus illis verbis, ex natura causae requirantur plures. Item poterunt recipi testes infames II qui repelluntur tantum a iure ci. seu positiuo ..., non autem recipiuntur non citata parte quia citatio est species defensionis que est de iuregentium, nec potest tolli per ius positiuum vt in cle. Pastoralis, de re iu. (*Clem.* 2.11.2), et latius ad materiam ibi vide et quod no. in l. Meminerint, Cod. vnde vi (*Cod.* 8.4.6). Et de hoc aliquid dicam in c. Sæpe, de resti. spol. (*X* 2.13.18) ...» (ed. Venetiis 1588, c. *29ra* sub n. 6).

[50] Il tema dell'importanza delle citazioni nel processo è trattata dal Panormitano anche con riguardo al caso specifico del giudice delegante, successivamente deceduto (in *X* 1.29.19): «Dum quaeritur, per quem actum perpetuetur iurisdictio delegati contra tacitam reuocationem que surgit ex morte constituentis? Primo quod secundum leges requiritur li. cont. et ita procedit iste tex. Sed secundum canones sufficit citatio, ut infra, c. prox. (*X* 1.29.20), haec lec. nullibi probatur aperte per ius ciuile, immo tex. uidetur in contrarium in l. Et quia, ff. de iuri. om. iud. (*Dig.* 2.1.6) ubi tex. solum requirit quod delegatus (*ed.* delegatns) incęperit uti iurisdictione» (PANORMITANO, *Commentaria Secundæ Partis in Primum Librum Decretalium*, Venetiis 1588, c. *125ra* sub n. 4).

[51] PANORMITANO, *Commentaria Primæ Partis in Primum Decretalium Librum*, in *X* 1.4.11, ed. Venetiis 1588, p. *265a* sub n. 5.

[52] *Ibidem*, sub n. 9, p. *267a*.

[53] PANORMITANO, *Tertiæ Partis in Secundum Librum Decretalium*, in *X* 2.27.12: «Ex quo potest aliqua defensio competere, non potest etiam princeps omittere citationem, quia esset tollere defensionem ut probatur in cle. Pastoralis, de re iud. (*Clem.* 2.11.2). Fateor tamen quod in dubio præsumeretur pro processu principis contra subiectum, vt no.

Ma era anche un modo per respingere quella *praesumptio* che, sul piano processuale, avrebbe siginificato lo scioglimento del principe da un obbligo imposto dal diritto naturale: la citazione. Per questo motivo il Panormitano preferiva escludere la presunzione in ogni caso (*indistincte*), anche se si fosse trattato di giudicare un suddito[54]. Sempre con questo intendimento, e per rigettare la tesi di Cino, egli ragionava alla maniera antica: l'origine del processo era avvenuta in Paradiso, conseguentemente non potevano essere rimossi quegli elementi della procedura che Dio stesso aveva osservato[55].

L'*Abbas* completava la sua lezione contraria alle tesi dei legisti, ma soprattutto anti-ciniana, laddove indicava, nello specifico, quando si potesse accettare il sistema della giusta causa, e quale causa si potesse considerare

Cyn. in l. Rescripta, Cod. si contra ius vel vti. pub. (*rect.* Cod. de precibus imperatoris offerendis = *Cod.* 1.19.7; CINO DA PISTOIA, *Commentaria in Codicem*, in *Cod.* 1.19.7, ed. Francoforti ad Moenum, c. 36*va* sub n. 11), vbi dicit quod si princeps sine alia causæ cognitione mandat alicui vt aliquem suspendat, potest ille sine peccato exequi, quia pro principe præsumitur quod iuste procedat, quod est notandum, facit l. Si vendicari, Cod. de poen. (*Cod.* 9.47.20), 11 q. 3, c. Cum apud (C.XI q.3 c.69). Sed respectu non subditi, quem dicit aliqua ratione suum forum sortiri, non presumerem pro sententia principis, nec poterit in istis omittere citationem. Sic intelligo cle. Pastoralis (*Clem.* 2.11.2) preall., ubi ex defectu citationis corruit processus Imperatoris contra regem Robertum qui dicebatur subiectus ecclesiæ et non Imperatoris, sed ratione delicti commissi in imperio, contra eum procedebatur» (ed. Venetiis 1588, cc. 91*vb*-92*ra* sub nn. 22-23).

[54] PANORMITANO, *Tertiæ Partis in Secundum Librum Decretalium*, in *X* 2.27.12: «Et vide ad prædicta c. I, de caus. poss. et prop. (*X* 2.12.1) et quod ibi dixi in addi. (PANORMITANO, *Additio* ad *X* 2.12.1, ed. Venetiis 1492, c. 130*va-b*). Nam mihi plus placet ut indistincte, ex quo factum non est notorium, sententia principis etiam in subiectum sit nulla absque citatione et cause cognitione. Hoc videtur probare tex. aperte in d. cle. Pastoralis (*Clem.* 2.11.2), in ver. 'nec predicta suppletio' ubi aperte dicit quod nec in subditum potest princeps supplere defectum citationis, aut aliam defensionem tollere. Ad idem text. iuncta gl. in l. fi. Cod. de legibus (ACCURSIO, *Glossa ordinaria*, in *Cod.* 1.14.12, ad v. *cominus*, ed. Augustae Taurinorum 1576, c. 122*rb*), ubi expresse hoc tenet gl. et apertius ibi Bal. (BALDO DEGLI UBALDI, *Commentaria*, in *Cod.* 1.14.12, ed. Venetiis 1599, c. 70*ra*) et videtur ibi tex. exigere causæ cognitionem et presentiam partium ad hoc ut sententia principis etiam teneat» (ed. Venetiis 1588, c. 92*ra* sub nn. 23*in fi.*-25). Il passo prosegue come alla nota successiva.

[55] PANORMITANO, *Tertiæ Partis in Secundum Librum Decretalium*, in *X* 2.27.12 «... Licet enim princeps possit tollere solennitates iuris ciuilis, non tamen citationem que sit ut reus se defendat et sic de causa cognoscatur. Nam et ipse Deus videtur induxisse citationem et causæ cognitionem ut colligitur ex c. Deus omnipotens, II q. I (C.II q.1 c. 20), ubi dicit quod Deus noluit punire peccata Sodomorum nisi descenderet et uideret etc. Ad idem Gen. in c. 4 (Gn 3) ubi dicitur quod Deus antequam puniret Adam de peccato inobedientię, vocauit eum et audiuit suam defensionem. Et sic dictum Cyn. non puto simpliciter verum, sed intelligatur secundum prædicta ...» (ed. Venetiis 1588, c. 92*ra* sub n. 25).

giusta, *rationalis*. La teoria secondo cui il principe poteva intervenire sullo *ius* naturale («statuere circa legem divinam») «distinguendo», «interpretando», «adiuvando», e soltanto se si trattasse di un punto circoscritto («in eo articulo qui reperitur limitatus»), doveva essere sensibilmente limitata («Ego limitarem haec dicta Legistarum duobus modis»)[56]. L'intervento sulla legge divina poteva essere ammesso soltanto nelle materie temporali, non in quelle spirituali spettanti al Pontefice, e in presenza di una giusta causa, non presumibile (*aperta*)[57]. L'esistenza della *causa rationalis* era poi ammessa e necessaria negli interventi contrari al diritto naturale delle genti, senza che rilevasse la *plenitudo potestatis*, giacché il principe – come stabilito nella clementina *Pastoralis* – non poteva agire in pregiudizio dei singoli «in his que sunt de iure naturali». E vi era un criterio ben preciso, secondo il Panormitano, per individuare la giustezza della causa che legittimava il principe ad agire in maniera contraria al diritto naturale delle genti: «est causa legitima favor publicus»[58]. In

[56] PANORMITANO, *Commentaria Primæ Partis in Primum Decretalium Librum*, in *X* 1.2.7: «Legistæ tractant, maxime Cy. in l. Rescripta, Cod. de preci. imp. offi. (CINO DA PISTOIA, *Commentaria in Codicem*, in *Cod.* 1.19.7, ed. Francoforti ad Moenum, cc. 36*rb*-36*va* sub nn. 10-11) ... Et tractat Cy. principaliter tria. Primo an princeps possit statuere circa legem diuinam. Secundo an circa ius gentium. Tertio quod circa ius ciuile. Circa primum sit breuis conclusio, quod si vult statuere in eo articulo qui reperitur limitatus et potest, scilicet distinguendo, interpretando et adiuuando ius diuinum. Exemplum: in lege diuina continetur illum preceptum 'Non occides', tamen in lege positiua est limitatum: si quis occiderit, occidatur. Et sic patet quod primum preceptum non est indistincte seruandum, quia princeps fecit et interpretando statuit qui et quando possint occidi ... Si uero preceptum diuinum non reperitur limitatum, tunc aut nulla potest subesse causa limitandi, et non potest princeps statuere, puta si vult statuere quod quis possit contrahere matrimonium cum matre. Aut subest causa, et potest. Sed dubitatur an subsit et presumendum est tunc pro lege Principis, et nota hoc dictum ...» (ed. Venetiis 1588, pp. 54*b*-55*a* sub nn. 8*in fi.*-9). Il passo prosegue come alla nota successiva.

[57] PANORMITANO, *Primæ Partis in Primum Decretalium Librum*, in *X* 1.2.7: «Ego limitarem hæc dicta Legistarum duob. modis. Primo quod Princeps secularis potest interpretari ius diuinum statuendum in his in quibus habet iurisdictionem, scilicet in rebus profanis, sed in spiritualibus interpretatio pertinet ad Papam ... Secundo limitarem vt in casibus sibi concessis quod non presumatur causa, in quantum vult statuere contra ius diuinum, quia non debet inferior violare statutum superioris sine causa aperta ...» (ed. Venetiis 1588, p. 55*a* sub nn. 9-10).

[58] *Ibidem*, in *X* 1.2.7: «Circa secundum, an Princeps possit statuere contra ea que sunt de iure gen. et natu., conclusio Doc. est quod ex causa rationabili potest. Videmus enim quod per prescriptionem inductam a iure positiuo priuatur quis iure suo. Item propter delictum confiscantur bona alicuius ... Si autem non subest causa, et est certum: non potest Princeps statuere vel rescribere in preiudicium priuati in his que sunt de iure natu., secundum opi. Can. et Leg. vt in cle. Pasto., de re iu. (*Clem.* 2.11.1), vbi dicitur Imperatorem non posse tollere ea quæ sunt de iure natu. Et sic non potest Imperator alicui

sostanza, la tesi della presunzione veniva scartata in ogni caso: nel caso del diritto divino naturale, perché esclusa tassativamente; nel caso del diritto naturale delle genti perché non bastava l'esercizio della *plenitudo potestatis*, e perché in concreto doveva sussistere la ragione dell'interesse pubblico. La separazione delle due forme dello *ius naturale* – diritto divino naturale e diritto naturale delle genti – divenivano, nella dottrina del Panormitano, la fortezza entro cui custodire i limiti della *plenitudo potestatis*[59].

auferre rem suam sine causa, quia Imperator licet habeat iurisdictionem in vniuersos, non tamen dominium rerum priuatarum que ab olim fuerunt concessæ occupantib. vt Insti. de re. di., quasi per totum (*Inst.* 2.1). Sed causa existente potest, vt supra dixi., et est causa legitima fauor publicus, vt l. Item si verberatum, § I, ff. de rei ven. (*Dig.* 6.1.15.1) ...» (ed. Venetiis 1588, p. 56*a* sub n. 11).

[59] K. PENNINGTON, *The Prince and the Law*, cit., pp. 223-230 ritiene che Panormitano abbia mutato posizione circa il potere del *princeps* di disporre della citazione: in un primo tempo – quando l'*Abbas* stende l'Apparato al *Liber Extra* (ante 1430) – egli avrebbe ritenuto necessaria la citazione, salvo l'intervento della giusta causa, peraltro presunta nel *princeps*, e purché si trattasse di un suddito (PANORMITANO, in *X* 2.12.1, p. 225 nota 78 di K. PENNINGTON, *The Prince and the Law*, cit.); successivamente – nelle *additiones* posteriori al 1430 – in adesione al pensiero di Baldo, il Panormitano avrebbe invece escluso l'omissione della citazione, anche quando si trattasse di un suddito (PANORMITANO, *additio* ad *X* 2.12.1, p. 227 nota 89 di K. PENNINGTON, *The Prince and the Law*, cit.). Il Pennington infine cita il passo del Panormitano (in *X* 2.27.12, pp. 229-230 note 96 e 97del Pennington) – studiato sopra, nel testo (e riportato alle precedenti note 53 e 54) – secondo cui è preferibile che il *princeps* in ogni caso, suddito o non suddito, sia obbligato a citare, allorché il fatto non sia notorio. E da qui l'autore conclude che «although he (Panormitano) referred to his opinion in his addition to *Susceptis* (*X* 2.12.1), he seems to have contradicted himself». In realtà la lettura complessiva dei testi appena citati sembrerebbe evidenziare, nel Panormitano, non contraddizione ma arricchimento di pensiero: egli sostiene la tesi della giusta causa, presunta sì – come affermato da Cino da Pistoia – ma a patto che si tratti di intervenire su un punto specifico e dubbio del diritto delle genti (PANORMITANO, in *X* 1.2.7, cfr. la precedente nota 56). Altro problema è invece quello, già sollevato da Baldo e accolto dal Panormitano, dell'obbligatorietà della citazione ai fini del corretto costituirsi dell'*ordo* (*additio* ad *X* 2.12.1; in *X* 2.27.12). La validità di quest'ultimo non rileva soltanto dal punto di vista della legge positiva, ma anche e soprattutto dal lato della legge naturale, inviolabile. Pertanto, il corretto costituirsi dell'*ordo*, elemento che consente di addivenire ad una sentenza valida, è nel Panormitano, principio di diritto naturale: «Quidam est ordo iuris fundatus super iure naturali, ut quod sententia feratur parte uocata» (il passo più in esteso – non citato nello studio di K. PENNINGTON, *The Prince and the Law*, cit. – alla precedente nota 49). In ragione di questa ulteriore osservazione la tesi finale del Panormitano è quella, anticiniana, di considerare sempre necessaria la citazione, anche quando si tratti di intervenire sulle vicende di un suddito e il caso non sia dubbio, come esposto sopra nel testo.

## 9. *Il processo medievale come processo giusto*

Lo sforzo pieno compiuto dai canonisti per difendere il dettato della clementina *Pastoralis* da quanti come Baldo, in ragione della *plenitudo potestatis* dell'Imperatore, respingevano il difetto territoriale di giurisdizione in essa fissato; o da quanti come Cino, con la presunzione della giusta causa, respingevano il difetto della citazione, aveva fruttato risultati ben oltre il problema pubblicistico del momento. Quando Baldo parafrasando, forse un po' ironicamente, le parole della clementina ricordava che il Papa era intervenuto in qualità di *rex* «ne barbarica ferocitas dulcem Italiam devastaret»[60] forse non immaginava quali profili processuali, netti e durevoli avrebbe tracciato e provocato quel gesto pontificio.

In una riflessione d'ampio respiro, spinta all'oggi, si può affermare che il diritto processuale odierno si sia ripiegato all'indietro e mostri tuttora di ricercare, piuttosto che allontanare, il sistema medioevale: non quello della pluralità delle giurisdizioni concorrenti che il mondo contemporaneo non conosce ed anzi respinge, ma quello che fu la risultante dell'incardinamento del processo nel diritto naturale. Cioè a dire, un sistema che ricalca esattamente la definizione di atto processuale messa a punto da Salvatore Satta:

> «l'atto processuale contiene in se stesso la sua definizione, e la sola sua definizione possibile, che è quella di *atto del processo*. Questa apparente tautologia esprime che la processualità dell'atto non è in relazione a un suo *effetto*, ma a una sua *qualità*, che è precisamente quella di costituire un elemento del processo di realizzazione della tutela giurisdizionale»[61].

In questa definizione sembra di cogliere una particolare assonanza con le parole di Baldo che, come si è osservato più sopra, aveva definito l'attività giudicante del principe «examinatio et ventilatio ueritatis»[62]. L'*ordo* medioevale è tutt'altro che «forma ordinatrice, che non si cura dei contenuti ma solo funziona nella sua regolarità produttiva»[63] ed è, invece, il momento di garanzia, tutela e attuazione della *veritas*: la parte che dimostrerà di avere rappresentato la *veritas*, quella sarà la vincitrice

[60] BALDO DEGLI UBALDI, *Commentaria*, in *Cod.* 7.53.8, ed. Venetiis 1586, c. 77*rb*.

[61] S. SATTA, *Presentazione alla Quinta edizione*, in C. PUNZI (ed), *Diritto processuale civile*, Padova 1996[12], p. 238.

[62] Cfr. *supra* nel testo, § 6 e nota 35.

[63] Così, con riguardo all'esperienza moderna del diritto, N. IRTI, *In dialogo su «Nichilismo giuridico»*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 2, 2006, p. 181, ora in *Il salvagente della forma*, Roma - Bari 2007, p. 54.

nel processo. Pertanto, il diritto processuale medioevale è pubblico non perché «promuove, con l'attuazione della legge, un interesse dello Stato» – come vorrà Chiovenda[64] – ma perché promuove il principio di giustizia che è interesse della collettività.

La storia è in debito col passato medioevale soprattutto quando il fine dell'attuazione della legge, invocato dal Chiovenda nell'età dell'assolutismo codicistico[65], mise in luce che esso non risolveva la questione del giusto processo, fino ad arrivare talora all'aberrante mistero sattiano: «il giudice uccide perché la legge gli impone di uccidere: il momento dell'assassinio legale non sarebbe nel processo ma nella legge»[66]. Non si trattava di una novità se solo si ripensa alle limitazioni illustrate dal Panormitano circa la presunzione di giustezza dell'intervento autoritativo del *princeps* con cui si ordinava l'impiccagione del *reus*[67]. Di fronte a questi problemi – come afferma Nicola Picardi nello studio citato all'inizio – «neppure la controriforma si è rivelata una valida terapia per le disfunzioni della giustizia civile, disfunzioni che con il tempo, si sono anzi aggravate e sono apparse intollerabili, quando si è cominciato a considerare la situazione della giustizia italiana nel contesto europeo». La controriforma cui pensa Picardi è quella post-fascista che «comportò un sensibile ridimensionamento del carattere pubblicistico del processo» cioè del suo carattere statualistico e autoritativo. Il prezzo pagato da questa controriforma fu nuovamente a danno del giusto processo. Ricorda ancora Picardi che

«negli anni Settanta non si era ancora concluso il processo di costituzionalizzazione dei principi processuali e già si andava delineando un loro ripensamento in una dimensione sovranazionale».

Si giungeva così a coniare nell'esperienza anglosassone il principio del «processo equo» che comportava tra l'altro la garanzia dell'effettiva imparzialità ed uguaglianza di trattamento: una garanzia che nella storia europea recente è passata attraverso l'esperienza positivistica, come dimostra l'elevazione a livello costituzionale del principio del giusto processo (art. 111

[64] Così sintetizza il pensiero chiovendiano G. TARELLO, voce *Chiovenda, Giuseppe*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, XXV, Roma 1981, p. 35*a*.

[65] Per una acuta sintesi critica delle dottrine processualistiche fino agli anni Cinquanta del Novecento cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano 2000, pp. 242-247.

[66] S. SATTA, *Il mistero del processo*, Milano 1994, p. 17.

[67] Sul punto cfr. *supra* § 8 e nota 53. Per il Panormitano l'esecuzione dell'ordine del *princeps* trovava ragione nella presunzione della giusta causa che esonerava dal peccato. Possiamo dire ugualmente oggi della legge da attuare? Da qui il dramma sattiano.

*Cost.*)[68], avvenuta nel 1999, e che tende ancora oggi a passare attraverso il positivismo nella dialettica tra le Costituzioni di ciascun Paese e la Carta dei diritti umani, tra il «diritto dello Stato» e il «diritto nello Stato»[69] avente origine europea. Ma nella storia meno recente, quella senza Stato e senza codici – per dirla con Grossi – la garanzia del giusto processo è stata offerta da un lato dalla concettualizzazione degli elementi processuali indisponibili, e dall'altro dall'aver inteso il processo come attuazione del principio di giustizia, fino al punto di porre precisi limiti al potere e fino al punto di ammettere – laddove necessario – la possibilità di non applicare le norme del diritto civile. Al di là delle differenze dei sistemi giuridici moderni rispetto a quello medioevale, resta il punto centrale che ogni sistema ha affrontato e affronta, ciascuno con gli strumenti tipici della cultura del suo tempo, quello della consapevolezza che «non è sufficiente l'osservanza formale dei principi e delle regole processuali, ma occorre recuperare l'aspetto etico, oltre che logico, del processo»[70]. La clementina *Pastoralis* e la speculazione scientifica da essa scaturita, erano andate esattamente in questa direzione, apportando almeno tre elementi fondamentali: innanzitutto, la differenza tra gli atti processuali indisponibili in quanto originari, deposti nel diritto naturale, ed altri derivanti dallo *ius civile*, cioè dal diritto positivo con le sue *solemnitates* e in quanto tali non perentori. E poi, l'insufficienza dell'osservanza delle formalità, se ad esse non avesse corrisposto la sostanza. Le formalità della citazione a nulla valevano, se il convenuto non fosse stato nella condizione effettiva di difendersi. E infine il limite da porsi agli atti autoritativi del potere. Attraverso questo sistema, il caso controverso non risulta piegato dalla legge e dall'intervento autoritativo – per usare il linguaggio moderno – ma piuttosto dalla esigenza di garantire la *veritas*[71].

[68] Sull'inquadramento dell'art. 111 della Costituzione nella tradizione processualistica italiana, piuttosto che in quella anglosassone esiste una copiosa bibliografia per la quale si rinvia a A. BUCCI, *Diritto della Chiesa e diritto dello Stato nel divenire dell'atto processuale. Un approccio storico giuridico alle attuali prospettive*, Roma 2003, p. 162, nota 196.

[69] Per queste espressioni cfr. N. PICARDI, *Il bicentenario del Codice*, cit., p. 979.

[70] *Ibidem*, p. 972.

[71] Per queste ragioni non soddisfa appieno la tesi secondo cui «the medieval jurist probably would have translated 'due process' – a kay concept of American and English law – as 'servare ordinem iuris'» (K. PENNINGTON, *The Prince and the Law*, cit., p. 145). Se è vero che l'espressione *due process* – quale compare per la prima volta nello Statuto di re Edoardo III del 1354 (cfr. *ibidem*, nota 95) – rinvia all'obbligatorietà del processo, al «processo dovuto», e dunque al diritto di essere processati (*due process* = processo dovuto), si deve peraltro osservare che l'espressione medesima venne ad evocare anche il diritto di essere giustamente processati (*due process* = giusto processo). E se è vero

In questo tornante della storia del processo è evidente che il tentativo messo in atto fin dal tempo dei nascenti stati nazionali di liberarsi del sitema medioevale, il tentativo di rimettere gli atti procedurali nelle mani del *princeps*, l'autorità pubblica, che avrebbe potuto dare e togliere per il fatto stesso di essere *princeps*, si è rivelato un esempio non convincente e fallimentare. L'accentramento nel *princeps* delle dimamiche processuali, benché osteggiato e limitato con ogni mezzo dalla dottrina, si ripercosse sul piano della legislazione locale, sorda agli ammonimenti dottrinali e colpevole «del crudele distacco tra teorie e fatti»[72]. Ciò fa riflettere sul perché la questione del processo a livello europeo si ponga ancor oggi negli stessi termini in cui lo prospettavano i giuristi medievali, come ricorda Picardi: «Nell'ordine giuridico medioevale, che si poneva al di là del potere politico e dei suoi detentori ... la *iurisdictio* e la procedura trovavano il proprio fondamento nella dialettica e nell'etica, non nel

che l'*ordo* medioevale del sec. XII aveva avuto funzione garantista, così che nessuno si sarebbe potuto condannare senza processo (*ibidem*, pp. 144-145), si deve però osservare che, a partire all'incirca dalla metà del sec. XIII, la tendenza al superamento delle *solemnitates* della procedura ordinaria in favore della procedura sommaria, e l'attenzione per la realizzazione concreta, non formale, degli atti processuali mostrano la trasformazione e l'avvicinamento verso l'idea di un processo che da un lato risulta snellito fino a pretermettere l'*ordo* in favore della giustizia effettiva (*veritas*), dall'altro viene giudicato valido in relazione alla effettiva realizzazione degli scopi (*veritas*) per i quali i singoli atti processuali sono obbligatoriamente imposti. Conclude Pennington (*ibidem*, p. 188) che «Clement's decretal established that a kay element of the judicial process was inviolable because natural law demanded that people be given an opportunity to defend themselves in court. *Pastoralis* established an essential element of due process and protected it from the will of the prince». Ciò è vero in tanto in quanto l''obbligatorietà' della difesa, imposta dal diritto naturale, non si esaurisce nel rispetto dell'*ordo* in senso 'legalistico'. Sembra dunque necessario storicizzare il concetto di 'giusto processo' medioevale: esso subì mutamenti rilevanti allorché, tra i secoli XIII e XIV, l'obbligatorietà della procedura fu riferita ai princìpi imposti dal solo diritto naturale (su quest'ultimo punto si veda l'ampia disamina *ibidem*, pp. 148-164), oltre la *veritas* legale. La convinzione che il processo medioevale poteva considerarsi 'giusto' perché in grado di superare la rigidità dell'*ordo* è rafforzata anche da Alessandro Giuliani – cito da D. QUAGLIONI, *La procedura del controllo*, cit., p. 54 – il quale osserva che «la coscienza medievale avvertì non solo sul piano dell'esperienza giudiziale ma anche su quello politico e religioso, la preoccupazione di sottrarre la verità del fatto, e la prova dei fatti, all'arbitrio del principe. La sua attività normativa non ha una presunzione di legittimità: essa presuppone, come quella giudiziaria, una 'notitia facti' accanto ad una 'notitia iuris': anche in questo caso il fatto deve essere sottoposto alla verifica del contraddittorio».

[72] Così E. CORTESE, *Casi di giustizia sommaria: le lettere arbitrarie angioine*, in P.A. BONNET - L. LOSCHIAVO (edd), *Forme stragiudiziali o straordinarie di risoluzione delle controversie nel diritto comune e nel diritto canonico*, Atti del Convegno, Napoli 2008, p. 81.

potere politico»[73]. Alla luce di quanto mostrano le fonti qui studiate pare quindi opportuno riflettere sull'inquadramento dell'intero tema del «giusto processo» nell'ambito della tradizione di *ius commune* che sembra essere all'origine sia dei sistemi di *civil law* sia di quelli di *common law*[74].

[73] Cfr. *supra*, nota 1.

[74] Sul punto cfr. anche *supra*, nota 71.

*Résumé*

«Periculis obviare et scandala removere». Der mittelalterliche Prozess im Spannungsfeld von Recht und Macht

Die Dekretale *Pastoralis cura* von Clemens V. (*Clem.* 2.11.2) setzt – abgesehen von dem zufälligen Streit zwischen Kaiser Heinrich VII. und König Roberto von Sizilien, der ihn ausgelöst hatte – eindeutig und unmissverständlich einige der mittelalterlichen Kanonistik und Zivilistik interpretativ schon seit Paucapalea bekannte Prinzipien fest; mit anderen Worten das Fundament des *ordo iudiciarius* im *ius naturale*. Der *ordo* hat seinen Ursprung angeblich in der Bibelstelle, in der Adam von Gott über seinen Ungehorsam befragt wird. Mit der *Pastoralis* setzte Papst Clemens die im natürlichen Recht verwurzelten unvergänglichen Elemente des *ordo iudiciarius* fest: das Recht auf Verteidigung und das Prinzip der territorialen Jurisdiktion. Auf diese Weise konsolidierte die *Pastoralis* in einem Gesetzestext gewisse Schlussfolgerungen, die die kanonistische Lehre zuvor langsam ausgearbeitet hatte und die klären sollten, dass das Verteidigungsrecht ein unumgängliches und unabdingbares Element ist; daher konnte die konkrete und nicht nur die potentielle Verteidigung nicht vernachlässigt werden. Nicht einmal der Kaiser hätte, selbst aufgrund der *plenitudo potestatis*, verlangen können, einen auf mangelnder Verteidigung gründenden Streitfall verhandelt zu lassen.

Der kurze Passus von Clemens der präzisiert, dass die Verteidigung des Beklagten aus dem natürlichen Recht stammt, gelangte in den Strudel der Rechtslehre des 14. Jahrhunderts und überlebte es sogar, wie die Beifügung der Dekretale *Pastoralis cura* in die *Tela iudicii* von Roberto Maranta aus dem 16. Jahrhundert zeigt. Gegenüber einer kanonistischen und zivilrechtlichen Lehrmeinung, die den Text Clemens' in Zusammenhang mit dem Fundament des Verteidigungsrechts im natürlichen Recht annehmen möchte, stellt sich die neue Reflexion Baldus de Ubaldis, die den Zusammenhang zwischen Prozess und *ius naturale* stärken will. Laut Baldus betrifft der ausschlaggebende Punkt des Prozesses nicht nur das Problem der *defensio* sondern auch die korrekte Urteilsfindung. Somit präsentierte er die gesamte Frage als ein die Ladung betreffendes Problem. Die Unverzichtbarkeit der Ladung führte im Sinne der Rechtsgarantie zu zwei Prozesseffekten: dem Respekt des Verteidigungsrechts und die korrekte Eröffnung des kontradiktorischen Verfahrens zur Erlangung eines rechtskräftigen Urteils. Ohne Vorladung konnte sich der Beklagte nicht verteidigen und auch wenn er sich ohne Vorladung vor Gericht verteidigt hätte, wäre das Urteil nichtig gewesen, da «ubi non est citatio ibi non est

reus nec iudicium». In diesem Zusammenhang legte Baldus eine erweitere, schon *in utroque* geteilte und im Verhältnis zum Problem der Grenzen des Eingreifens des *princeps* in das natürliche Recht diskutierte endgültige Lösung vor: weder der Kaiser noch der Papst können die Ladung – ein im natürlichen Recht verankertes Prozesselement – umgehen.

Aber an diesem Punkt verschiebt sich die Frage auf die Behandlung des Requisits der *iusta causa*, das das Öffnungselement eines strengen Prozesssystems darstellt: der Kaiser konnte bei Vorliegen einer *iusta causa*, zum Abändern des natürlichen Rechts eingreifen und konnte somit die Regel der Verbindlichkeit der Ladung umgehen. Die scharfe Polemik wurde von den Hauptvertretern beider Schulen – Cino da Pistoia und Panormitanus – ausgetragen, wobei letzterer der These von der Präsumtion der *iusta causa* im Fürsten widersprach, die von Cino theoretisiert wurde.

Im Grunde genommen griff die gesamte Frage in den Bereich des komplexen mittelalterlichen öffentlichen Rechts über, das von Anfang an vom Justizstaat und nicht vom Rechtsstaat unterstützt wurde und sich im Kielwasser des natürlichen Rechts mit dem Problem der Beziehung zwischen Autorität und öffentlichem Interesse befasste. Von hier stammen auf der Prozessebene Theorien, die auch heute noch aufgrund ihrer theoretischen Aspekte für den Prozess interessant sind, in denen es auf europäischem und Verfassungsniveau um den gerechten Prozess geht; und sie können gegen die vorgefassten Schemata, an die uns einerseits die juristische Aufklärung und andererseits der kodifikatorische Absolutismus gewöhnt haben, die rechtsstaatlichen Ansprüche des mittelalterlichen *due process* vor Augen halten, zum Beweis der These laut welcher «es nicht ausreicht die Prinzipien und Prozessregeln formal zu befolgen, sondern es notwendig ist, über den logische Aspekt hinaus auch den ethischen zurückzugewinnen».

*Übersetzung von Friederike Oursin*

# Gerichtsbarkeit als Ausdruck öffentlicher Gewalt – eine Skizze

von *Peter Oestmann*

## 1. *Zur Einführung*

Die Frage nach Gerichtsbarkeit als Ausdruck öffentlicher Gewalt ist aus klassisch-juristischer Sicht scheinbar leicht zu beantworten. Die Gerichtsbarkeit ist eine der drei Staatsgewalten, und die Staatsgewalt ist ihrerseits neben Staatsgebiet und Staatsvolk eines der drei Kernelemente der Staatlichkeit überhaupt[1]. Die Frage nach der Entstehung öffentlicher Gerichtsbarkeit wäre demnach mit der Frage nach der Entstehung des Staates untrennbar verknüpft.

Diese elegante Lösung erweist sich historisch aber als zu einfach. Die Unterscheidung öffentlich/privat und damit auch die Unterscheidung öffentliche und private Gewalt reicht erheblich weiter zurück als die moderne Staatlichkeit. Das bezieht sich zum einen auf das gelehrte Recht. Anknüpfend an einschlägige Stellen des *Corpus Iuris Civilis* und vor allem an die tatsächlichen Machtverhältnisse, konnten die mittelalterlichen Juristen öffentliches und privates Recht unterscheiden[2], längst bevor in der Zeit um 1600 an den Universitäten das öffentliche Recht als eigenes Fach etabliert wurde. Wenn Michael Stolleis in seiner Geschichte des öffentlichen Rechts den Beginn einer in diesem Sinne öffentlichen Gerichtsbarkeit im Alten Reich 1495 mit der Gründung des Reichskammergerichts ansetzt[3], ist das also für den hier interessierenden Zusammenhang erheblich zu spät.

[1] Klassisch G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1905², S. 381-420; dazu D. KETTLER, *Die Drei-Elemente-Lehre. Ein Beitrag zu Jellineks Staatsbegriff, seine Fortführung und Kritik*, jur. Dissertation Münster, 1995, S. 21-40; umfassender J. KERSTEN, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre* (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts, 28), Tübingen 2000.

[2] H. LANGE - M. KRIECHBAUM, *Römisches Recht im Mittelalter*, Bd. 2: *Die Kommentatoren*, München 2007, S. 937-938.

[3] M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 1: *Reichspublizistik und Policeywissenschaft 1600-1800*, München 1988, S. 133-141; ebenso T. SIMON, Art. *Öffentliches Recht*, in *Enzyklopädie der Neuzeit*, Bd. 9, 2009, Sp. 338-358, hier Sp. 340.

Der vorliegende Beitrag versteht sich als lediglich knapper Überblick. Es geht darum, wo außerhalb der gelehrten Diskussion Gerichtsbarkeit tatsächlich Ausdruck öffentlicher Gewalt war. In prinzipieller Hinsicht wird man dabei sehr früh fündig. Im Anschluss daran geht es nur noch darum zu zeigen, wie sich in der historischen Entwicklung quantitative Veränderungen ergaben. Der Anteil der öffentlichen Gewalt an der Entscheidung und Schlichtung rechtlicher Konflikte nahm im Laufe der Rechtsgeschichte nämlich kontinuierlich zu, erreichte vermutlich im 19. Jahrhundert seinen Höhepunkt und befindet sich seit einigen Jahrzehnten wieder auf dem Rückzug. Um diesen großen Bogen schlagen zu können, ist es vor allem erforderlich, Grauzonen anzusprechen, bei denen der Zusammenhang zwischen öffentlicher und nicht-öffentlicher Gewalt unklar ist. Im Hinblick auf das Anliegen des deutsch-italienischen Forschungsprojekts, die Anfänge des öffentlichen Rechts in jeweils unterschiedlichen Epochen zu beleuchten, wird in dieser Abhandlung vor allem der Übergang zur frühneuzeitlichen Gerichtsverfassung anzusprechen sein.

Hilfreich mag am Anfang eine Begriffsbestimmung sein. Wenn von öffentlicher Gewalt die Rede ist, herrscht in der Literatur schnell Einigkeit darüber, dass als wesentliches Definitionskriterium von Gewalt die Anwendung von Zwang dienen kann[4]. Max Weber hat darauf hingewiesen, dass es etwa darauf ankommt, aber auch ausreicht, ob ein Richter oder Gerichtsherr Ordnung gebieten oder Vollstreckungshandlungen einleiten könne. Mit Urteilsfällung als solcher hat Gewalt im Sinne von Gerichtsgewalt nicht notwendig etwas zu tun[5]. Das spezifisch Öffentliche dieser Gewalt im Gegensatz zur rein privaten Herrschaftsausübung sieht Max Weber dann für gegeben an, wenn ein Richter bzw. Gerichtsherr nicht nur über seine Hausunterworfenen, sondern auch über andere Menschen politische Macht ausübt. Hier stellt sich für Weber freilich das Problem, dass die ältesten Formen solcher politischen Macht zugleich von äußerst geringer Zwangsgewalt gekennzeichnet sind[6]. Diese offene Zugangsweise ermöglicht es, den Bereich des Öffentlichen zeitlich schon weit vor der Entstehung des modernen Staates zu erkennen. Zwangsgewalt und der über

[4] K.-G. FABER, Art. *Macht, Gewalt*, I; *Einleitung*, in O. BRUNNER - W. CONZE - R. KOSELLECK (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Bd. 3, 1982, S. 817-820, hier S. 817.

[5] M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1972[5], S. 451, 454; etwas überspitzt daher M. GODFREY, *Civil Justice in Renaissance Scotland. The Origins of a Central Court* (Medieval Law and its Practice, 4), Leiden - Boston MA 2009, S. 1: «Jurisdiction means power to decide».

[6] M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 585-586.

die reine Hausgemeinschaft hinaus wirkende Einfluss des Gewalthabers sind es also, auf die es in den verschiedenen Zeiten besonders zu achten gilt. Daneben werden in manchen Epochen andere Gesichtspunkte ins Blickfeld geraten, etwa gemeinschaftsbezogene Streitgegenstände (z.B. in der taciteischen Zeit) oder Streitigkeiten zwischen Hoheitsträgern (z.B. bei Austrägen).

Zur Themenbegrenzung ist hinzuzufügen, dass der Beitrag sich auf die Gerichtsbarkeit in weltlichen Angelegenheiten konzentriert. Die kirchliche Jurisdiktion in geistlichen Sachen gehört nach den hier interessierenden zwei Elementen immer zur öffentlichen Gerichtsbarkeit. Seit der frühesten Zeit erhob die Kirche den Anspruch, über Anliegen der Gläubigen nicht nur seelsorgerlich, sondern auch richterlich zu entscheiden. Mit der Möglichkeit zur Verhängung von Kirchenstrafen lag auch ein Mindestmaß an Zwangsgewalt vor, wenn auch der physische Zwang zumeist weltlichen Gewalten vorbehalten blieb, die aber schon in der fränkischen Zeit mit der kirchlichen Gerichtsbarkeit zusammenarbeiteten[7]. Im Übrigen hat die Kirche mit der Herausbildung der Offizialmaxime im kirchlichen Infamations- und Inquisitionsprozesses wesentlich zur Stärkung des hoheitlich-öffentlichen Verständnisses auch der weltlichen Gerichtsbarkeit beigetragen[8].

Versuche, die Wurzeln öffentlicher Gerichtsbarkeit historisch zu bestimmen, gab es schon mehrfach. Wenige Schlaglichter mögen dies veranschaulichen. Idealtypisch ging Max Weber davon aus, dass die öffentliche Gerichtsbarkeit in der bäuerlichen Dorfwirtschaft zunächst ganz im Schatten der Hausgewalt Einzelner gestanden habe. Erst nach und nach sei der Gerichtsherr durch Anhäufung von Banngewalten zu einer gleichwertigen Herrenstellung aufgerückt[9]. Jürgen Weitzel hält die Gerichtsbarkeit für die maßgebliche Lebensäußerung des entstehenden

[7] L. KÉRY, Art. *Kirchliche Gerichtsbarkeit*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (künftig *HRG*), 9. Lfg., 2009², Sp. 1-8, hier Sp. 2; G. JEROUSCHEK, Art. *Ecclesia non sitit sanguinem*, in *HRG*, Bd. 1, 2008², Sp. 1174-1176; zurückhaltender für das frühe Mittelalter J. BRUNDAGE, *Medieval Canon Law*, London - New York 1995, S. 20, 23.

[8] W. TRUSEN, *Der Inquisitionsprozeß. Seine historischen Grundlagen und frühen Formen*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte/Kanonistische Abteilung» (künftig «ZRG/KA»)/, 74, 1988, S. 168-230, auch in DERS., *Gelehrtes Recht im Mittelalter und in der frühen Neuzeit* (Bibliotheca Eruditorum, 23), Goldbach 1997, S. 81*-143*; allgemein zur kirchlichen Gerichtsbarkeit J. BRUNDAGE, *Canon Law*, S. 120-153.

[9] M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 585-586.

Staates[10]. Das Gericht und nicht das Gesetz habe im Zentrum des mittelalterlichen Staatsverständnisses gestanden[11]. Die spezifisch öffentliche Funktion von Gerichtsbarkeit bestimmt Weitzel zum einen negativ. Gericht als Ausdruck öffentlicher Gewalt trifft damit eine Auswahl unter verschiedenen Streitregelungsmöglichkeiten[12]. Nicht-öffentlich ist in diesem Sinne jede rein private Konfliktlösung. Positiv bedeutet das, dass man von öffentlicher Gerichtsbarkeit nur sprechen darf, wenn die Streiterledigung durch das Gemeinwesen erfolgt. Im frühen Mittelalter, mit dem Weitzel sich beschäftigt, setzt das eine Beziehung vom Gericht zum König, Herzog oder wenigstens zu einem anderen Herrschaftsträger mit Gerichtsgewalt voraus, um von einem öffentlichen Gericht sprechen zu können. Als solche anderen Herrschaftsträger kommen für das frühe Mittelalter in Betracht: der König und von ihm eingesetzte Richter, geistliche Gerichte, Grundherren, später Landesherren und ebenfalls später Ratsgerichte[13].

Damit ist die Fragestellung des vorliegenden Beitrags umrissen. Im Folgenden wird die Geschichte der Gerichtsbarkeit in mehreren Stationen daraufhin befragt, wo und in welcher Weise das Gericht als Ausdruck öffentlicher Gewalt greifbar ist. Da diese Überlegungen noch erhebliche Verfeinerungen und Vertiefungen erfordern, kann es sich um nicht mehr als eine Skizze handeln.

## 2. *Selbsthilfe als Ausdruck fehlender öffentlicher Gewalt*

Der älteste greifbare Sachtyp einer Streitbeilegung in rechtlichen Angelegenheiten, die heute in gerichtlichen Formen erfolgen würde, ist die Selbsthilfe. Zahlreiche Berichte von Ethnologen zeigen, dass offenbar alle vorstaatlichen Gesellschaften Konflikte nur auf zwei Weisen lösen konnten: entweder gütlich durch Konsens oder gewaltsam durch Kampf, Rache und Fehde[14]. In sogenannten «akephalen» Gesellschaften gibt es

[10] J. WEITZEL, *Dinggenossenschaft und Recht. Untersuchungen zum Rechtsverständnis im fränkisch-deutschen Mittelalter* (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, 15), 2 Bde., Köln - Wien 1985, hier Bd. 1, S. 17.

[11] *Ibidem*, S. 21.

[12] *Ibidem*, S. 23.

[13] *Ibidem*, S. 24.

[14] Aus der rechtshistorischen Literatur U. WESEL, *Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften. Umrisse einer Frühgeschichte des Rechts bei Sammlern und Jägern und*

keine Gerichtsbarkeit und damit auch keine Gerichtsbarkeit als Ausdruck öffentlicher Gewalt.

### 3. *Gerichtsverhandlungen in nicht rein privaten Angelegenheiten*

Offenbar kannten vorstaatliche Gesellschaften, jedenfalls segmentäre Gesellschaften, aber einige Streitigkeiten, die über das rein Private hinausgingen. Tacitus berichtet von germanischen Stämmen, dass es dort außer Selbsthilfe und Sühne auch Todesstrafen gegeben habe, die gegen Verräter, Feiglinge und andere verhängt wurden[15]. Dabei handelt es sich um Sanktionen, die zumindest gegen den Willen des Betroffenen vollstreckt wurden. Hier liegt ein erster Ansatzpunkt, um quasi den kleinen Finger einer öffentlichen Gerichtsbarkeit greifen zu können. Von einer Gerichtsbarkeit als Ausdruck öffentlicher Gewalt zu sprechen, ist historisch nur dann sinnvoll, wenn es nicht lediglich um die Vermittlung privater Schlichtung ging. Besonders anschaulich ist das bei jedem geordneten Verfahren zur Verhängung körperlicher Strafen. Immer dann, wenn es auf den Konsens der Beteiligten nicht ankommt, benötigt man Macht, um eine Entscheidung gegen den Willen einzelner durchsetzen zu können. Für Jürgen Weitzel scheint dies nicht auszureichen. Er setzte die älteste Wurzel zur Entstehung staatlicher Strukturen und damit öffentlicher Gerichtsbarkeit im Merowingerreich von König Chlodwig an[16]. In der Zeit vor der Entstehung des merowingischen Großreichs soll es gerade an der «öffentlichen Gewalt» gefehlt haben. Die von Tacitus überlieferten wenigen Fälle peinlicher Strafen könne man stattdessen ausnahmslos der handhaften Tötung und der Familiengerichtsbarkeit zuordnen, wie schon Franz Beyerle vermutete[17].

*akephalen Ackerbauern und Hirten*, Frankfurt a.M. 1985, S. 324-331; DERS., *Geschichte des Rechts*, München 2006³, S. 19-30; E.A. HOEBEL, *Das Recht der Naturvölker. Eine vergleichende Untersuchung rechtlicher Abläufe*, Freiburg i.Br. 1968, S. 416-417.

[15] TACITUS, *Germania*, cap. 12, leicht zugänglich bei H.-W. GOETZ - K.-W. WELWEI (Hrsg.), *Altes Germanien. Auszüge aus den antiken Quellen über die Germanen und ihre Beziehungen zum römischen Reich* (Ausgewählte Quellen zur deutschen Geschichte des Mittelalters. Freiherr vom Stein-Gedächtnisausgabe, 1a), Darmstadt 1995, S. 136-137.

[16] J. WEITZEL, *Strafe und Strafverfahren in der Merowingerzeit*, in «ZRG/GA», 111, 1994, S. 66-147, hier S. 139.

[17] F. BEYERLE, *Besprechung von B. Rehfeldt, Todesstrafen und Bekehrungsgeschichte* (1942), in «ZRG/GA», 69, 1952, S. 426-438 hier S. 432-433: unzweifelhafte Sippenjustiz und Rache *in flagranti*; zustimmend J. WEITZEL, *Strafe und Strafverfahren*, S. 139.

Im vorliegenden Beitrag soll freilich, auch um die künftige Diskussion anzustoßen, bewusst zugespitzt werden. Es gab nämlich offenbar auch in vorstaatlichen sogenannten «segmentären» Gesellschaften teilweise Gemeinschaftsangelegenheiten, über die die Gemeinschaft entschied und bei denen sie diese Entscheidungen durchsetzte. Die von Tacitus genannten Beispiele von Feigheit und Verrat gingen jedenfalls über die Belange eines einzelnen Hauses deutlich hinaus. Da es sich beim Verfahren, also bei einer Verhandlung und Entscheidung durch die Stammesversammlung, nicht um eine rein private Streiterledigung handelte, hat man es mit einer Vorform öffentlicher Gewalt zu tun. Die Gegenprobe bestätigt dies: Das Verfahrensziel war in diesen Fällen nicht der Vorteil einzelner, sondern ausschließlich die Tötung eines Todeswürdigen[18]. Das notwendige Maß an Zwangsgewalt lag also ebenso vor wie der gemeinschaftsbezogene Charakter der Streitsache. Es ist aber zuzugeben, dass es nur wenige Quellensplitter sind, die vor der Völkerwanderung überhaupt dazu überliefert sind. Deswegen ist es wenig sachgerecht, wenn ältere Gesamtdarstellungen dieses Verfahren ganz in den Mittelpunkt stellen[19], teilweise pathetisch erhöht um den Hinweis, das Volk habe die öffentlichen Gerichte gebildet[20].

Entscheidend für die Fragestellung ist sodann die Merowingerzeit. Hier gab es ganz unterschiedliche Vorgehensweisen zur Lösung rechtlicher Probleme. Zum einen bestand weiterhin und rechtlich nicht beschränkt die Möglichkeit von Rachehandlungen. Zum anderen war es aber auch möglich, Konflikte vor Gericht zu bringen. Wie Jürgen Weitzel gezeigt hat, kannte bereits das 6. Jahrhundert einen echten Strafprozess, bei dem der Herrscher und andere Große als Inhaber eines öffentlichen Amtes peinliche Strafen über Missetäter aussprachen und vollstrecken ließen. Hier musste kein Privater eine Klage erheben, und durch die Entscheidung erlangte auch kein Privater einen Vorteil. Das Verfahren war in Grundzügen geregelt und stellte offenbar eine Verrechtlichung der königlichen Rache dar[21]. Die Quellen betreffen zwar teilweise, doch nicht nur, Kleriker und stammen oft aus der unmittelbaren Umgebung der Merowingerfamilie. Dennoch lassen sie einen Unterschied zwischen bloßer Rache und einem geordneten Verfahren erkennen. Gerade da

[18] Zum Verfahrensziel als Abgrenzungskriterium J. WEITZEL, *Strafe und Strafverfahren*, S. 67, 97.

[19] E. KERN, *Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts*, München - Berlin 1954, S. 1-2.

[20] H. CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. 1: *Frühzeit und Mittelalter*, Karlsruhe 1962², S. 27.

[21] J. WEITZEL, *Strafe und Strafverfahren*, S. 97-98, 126, 132.

mehrere Merowinger teilweise weiterhin grausame Selbstjustiz übten, läßt sich diese Differenz sogar besonders gut beobachten.

Quantitativ war der Anteil eines echten hoheitlichen Strafverfahrens sicherlich verschwindend klein gegenüber dem dinggenossenschaftlichen Buß- und Sühneverfahren, bei dem einzelne Kläger auftraten und von ihrem Gegner die Zahlung einer Bußsumme verlangten. Das Buß- bzw. Kompositionsverfahren beruhte weitgehend auf dem Konsens der Parteien, und hier ist es besonders schwierig, erste Spuren öffentlicher Gewalt im Verfahren nachzuweisen. Das wichtigste Argument ist in diesem Zusammenhang die Rolle des Gerichtsvorsitzenden in einer Versammlung, die weitgehend nur die Aufgabe hatte, die Parteien in Angelegenheiten, die nicht die gesamte Gemeinschaft betrafen, von der Fehde abzuhalten. In der Lex Salica, aber auch in den Stammesrechten der Bayern, Thüringer, Friesen und Alemannen, ist festgelegt, dass bei Kompositionszahlungen ein Teil, der sogenannte «faidus», an die Gegenpartei zu zahlen war[22]. Ein anderer Teil, der sogenannte «fredus», fiel dagegen an den König, Herzog, Grafen oder die Kirche. Je nachdem, wie man die Funktion dieses *fredus* deutet, kann man die Dingversammlung als Ausdruck öffentlicher Gewalt interpretieren. Wenn *fredus* eine Geldstrafe ist, was in jüngster Zeit etwa Eva Schumann vertritt[23], könnte man im Kompositionensystem bereits einen ersten Ansatz zur Trennung von privatem Schadensersatz und öffentlicher Strafe sehen. Dann wäre auch die entsprechende Verhandlung Ausdruck öffentlicher Gewalt. Versteht man dagegen das Friedensgeld als Vermittlungsgebühr dafür, dass der Vorsitzende der Versammlung die gütliche Einigung der Streitparteien herbeigeführt oder wenigstens erleichtert hat[24], verbleibt man bei einem im wesentlichen privaten Konfliktlösungsmodell.

Ohnehin war die Anbindung der fränkischen Gerichtsbarkeit an den Herrscher teilweise sehr locker. Karin Nehlsen-von Stryk betont, dass der «königliche Funktionär», nämlich der Graf, erst bei einer Vollstreckungs-

[22] Überblick über Quellen und Literatur bei C. REINLE, Art. *Fehde*, in *HRG*, Bd. 1, 2008², Sp. 1515-1525, hier Sp. 1515-1518; E. KAUFMANN, Art. *Fehde*, in J. HOOPS (Begr.), *Reallexikon der Germanischen Altertumskunde*, Bd. 8, 1994², S. 282-285.

[23] E. SCHUMANN, Art. *Fredus*, in *HRG*, Bd. 1, 2008², Sp. 1713-1714.

[24] R. HIS, *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*, Tl. 1: *Die Verbrechen und ihre Folgen im allgemeinen*, ND Aalen 1964 der Ausgabe Weimar 1920, S. 611-612: Preis für die Wiedererlangung des Friedens, Übergang zur Geldstrafe erst im Mittelalter; H. MITTEIS - H. LIEBERICH, *Deutsche Rechtsgeschichte*, München 1988¹⁸, S. 44; offengelassen von E. KAUFMANN, Art. *Friedensgeld*, in *HRG*, Bd. 1, 1971, Sp. 1296-1297, hier Sp. 1296; DERS., Art. *Friedensgeld*, in J. HOOPS, *Reallexikon*, Bd. 9, 1995, S. 601-603.

handlung mitwirkte, während das eigentliche Verfahren noch ganz in den Händen der Gerichtsgemeinde gelegen habe[25]. Die Grenze zwischen privater und öffentlicher Gerichtsbarkeit und Streitschlichtung hält sie für fließend[26]. Freilich kannte selbst die älteste fränkische Gerichtsverfassung bereits einen Thungin, einen Gerichtsvorsitzenden, dessen Name sich wohl vom germanisch-althochdeutschen Verb *thuingan*, zwingen, ableitet. Eine gewisse Zwangsgewalt war mit einem frühmittelalterlichen Gericht jedenfalls etymologisch immer verbunden. Der Thungin war möglicherweise identisch mit den ehemaligen fränkischen Gaukönigen und verkörperte insofern vermutlich eine öffentliche Gewalt aus der Zeit vor der Bildung des merowingischen Großreichs[27]. Rechtszwang als Kennzeichen öffentlicher Gerichtsbarkeit übte der Thungin zwar erst am Ende des Verfahrens aus, dann aber tatsächlich, weil er in der Lage war, eidliche Leistungsversprechen durchzusetzen und einem Schuldner bewegliches Vermögen wegzunehmen[28]. Im 6. Jahrhundert, wohl schon unter Chlodwig, wurde der Thungin vom Grafen abgelöst. Der Graf, sprachlich der Gebietende oder Befehlende, war ein Amtsträger des Großkönigs und als solcher Gerichtsvorsitzender. Rechtszwang konnte er mindestens insofern ausüben, als er wie der frühere Thungin nach einem Urteilserfüllungsgelöbnis Zugriff auf die Güter eines Schuldners nehmen konnte. Seine Zwangsgewalt wuchs in karolingischer Zeit noch dadurch, dass der Graf die Abgabe eines Urteilserfüllungsversprechens befehlen und später sogar das Urteil selbst gebieten konnte[29]. Dies bedeutet in keiner Weise, dass für Streitparteien eine Pflicht bestand, ein Gericht anzurufen. Sie konnten weiterhin gewaltsam im Wege der Blutrache oder gütlich durch privat-familiäre Schlichtung ihre Streitigkeiten

[25] K. NEHLSEN-VON STRYK, *Die boni homines des frühen Mittelalters unter besonderer Berücksichtigung der fränkischen Quellen* (Freiburger rechtsgeschichtliche Abhandlungen, NF 2), Berlin 1981, S. 88.

[26] *Ibidem*; ebenso M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 585.

[27] R. WENSKUS, *Bemerkungen zum Thunginus der Lex Salica*, in DERS., *Ausgewählte Aufsätze zum frühen und preußischen Mittelalter*, Sigmaringen 1986, S. 65-84; J. WEITZEL, Dinggenossenschaft, S. 436-441; R. SCHMIDT-WIEGAND, Art. *Thunginus*, in *HRG*, Bd. 5, 1998, Sp. 213-216, mit Hinweis auf eine andere Deutungsmöglichkeit als «Thingrichter»; weitere Bedeutungen bei R. SCHRÖDER - E. Frh. VON KÜNSSBERG, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, Berlin - Leipzig 1932[6], S. 135.

[28] J. WEITZEL, *Dinggenossenschaft*, S. 466; zum Erfüllungsgelöbnis K. KROESCHELL, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. 1: *bis 1250*, Köln - Weimar - Wien 2008[13], S. 36, dort mit dem Hinweis, der richterliche Zwang sei «sicherlich nicht ohne römischen Einfluß» denkbar.

[29] J. WEITZEL, *Dinggenossenschaft*, S. 472-473.

lösen. Die dinggenossenschaftliche Versammlung ging aber über die rein innerfamiliäre Konfliktlösung hinaus und enthielt damit neben der wenn auch schwachen Zwangsgewalt des Gerichtsvorsitzenden zusätzlich den notwendigen Gemeinschaftsbezug. Wenn also ein Gericht tätig wurde, handelte es sich in jedem Fall um eine Erscheinungsform öffentlicher Gewalt. Allerdings zeigt die Entwicklung in der nachfolgenden karolingischen Zeit, wie die Elemente öffentlichen Zwangs in der Geschichte der Gerichtsbarkeit zunahmen. Vom Endstadium des einzelnen Verfahrens dehnte sich die hoheitlich-öffentliche Komponente nach und nach bis zum Beginn des Verfahrens aus.

Wenn es nur darum geht festzustellen, wann Gerichtsbarkeit erstmals Ausdruck öffentlicher Gewalt war, kann man hier bereits das Ergebnis festhalten. Für die Merowingerzeit ist auch im Bereich der sogenannten «volksrechtlichen» Dinggenossenschaft nachweisbar, dass es dort bei einer Gerichtsverhandlung einen königlichen Amtsträger gab, der als Verhandlungsleiter öffentliche Gewalt ausübte. Am Anfang beschränkte sich diese öffentliche Gewalt auf die Vornahme von Vollstreckungen, wenn eine Partei ein Urteilserfüllungsgelöbnis abgegeben hatte. Das war nur wenig, aber zugleich der Punkt, von dem aus die Zwangselemente ausgeweitet wurden. Für die Folgezeit ist es weniger interessant zu sehen, an welchen Stellen innerhalb eines Verfahrens sich öffentliche Gewalt zeigte, als vielmehr, wie das öffentliche Gerichtsverfahren auf Veranlassung des Herrschers nach und nach konkurrierende Formen der privaten rechtlichen Streitbeilegung verdrängte.

### 4. *Kampf gegen die Fehde und Landfrieden als Ausdruck öffentlicher Gewalt*

Einen deutlichen Schub in Richtung einer öffentlichen Auffassung von Gerichtsbarkeit zeigt die Zeit der Landfrieden. Die Landfriedensbewegung verdeutlicht, wie weltliche Herrscher versuchten, private Selbsthilfe zurückzudrängen und stattdessen die Anrufung von Gerichten vorzuschreiben. Öffentliche Gewalt bedeutete nun nicht mehr nur, dass die Gerichtsbarkeit ihre Autorität von einem Herrscher ableitete, sondern ebenso, dass der Herrscher von seinen Untertanen verlangte, diese Gerichtsbarkeit auch in Anspruch zu nehmen und private Gewalt nicht weiterhin zu verüben. Der Gerichtszwang des Herrschers beanspruchte Beachtung durch die Gerichtsunterworfenen und duldete immer weniger die überkommenen Selbsthilfehandlungen. Besonders augenscheinlich ist

dieser Zusammenhang im Mainzer Landfrieden von 1235. Hier war das Verhältnis zwischen privater Selbsthilfe und Inanspruchnahme öffentlicher Institutionen geradezu musterhaft vorgeführt. «Magistratus» und «iura» hören wir dort, also Amtsträger und Rechte, seien dafür eingesetzt, «ne quis sui doloris vindex sit», damit nicht jemand Rächer seines eigenen Schmerzes sei. Deswegen dürfe sich niemand rächen, sofern er nicht seine Klage einem Richter vorgetragen und bis zu einem Urteil geführt habe. Nur für den Fall, «si ius non fuerit consecutus», war die Fehde noch erlaubt. Die mittelhochdeutsche Fassung dazu lautet: «wirt im nicht gericht»[30]. Gemeint ist nicht, dass der Kläger mit seinem Anliegen in der Sache erfolglos blieb, sondern dass es trotz der Klage überhaupt nicht zu einer Gerichtsverhandlung kam. Der einzelne hatte also, modern gesprochen, einen Justizgewährleistungsanspruch, den Anspruch auf Tätigwerden der öffentlichen Gewalt. Nur bei Rechtsverweigerung war private Gewalt in Form von Selbsthilfe subsidiär noch erlaubt, sonst war sie jedenfalls in dieser normativen Quelle abgeschafft. Den engen Zusammenhang mit der öffentlichen Gerichtsbarkeit sieht man in Art. 28 desselben Landfriedens. Dort erklärt Kaiser Friedrich II., dass er für die Entscheidung von Rechtshändeln einen Hofrichter bestellen werde, der an Stelle des Herrschers die Gerichtsbarkeit ausüben werde. In der Tat hat das Hofgericht bis 1451 ca. 18.000 Gerichtsbriefe ausgestellt, konnte die eigenmächtige Selbsthilfe aber nicht vollständig unterbinden[31].

Die Verpflichtung des Herrschers zur Justizgewähr traf nicht nur den König an der Spitze der mittelalterlichen Lehenspyramide. Auch die Landesherren, die Gerichtsbarkeitsrechte ausübten, waren zur Gewährung von Justiz verpflichtet. Die Einhaltung dieser Verpflichtung zu überwachen, war sogar eines der wenigen Reservatrechte, das der römisch-deutsche Kaiser bis zum Ende des Alten Reiches behielt. Bereits die *Goldene Bulle* von 1356

[30] *Mainzer Reichslandfrieden 1235*, Art. 5-6, bei L. Weinrich (Hrsg.), *Quellen zur deutschen Verfassungs-, Wirtschafts- und Sozialgeschichte bis 1250* (Ausgewählte Quellen zur deutschen Geschichte des Mittelalters. Freiherr vom Stein-Gedächtnisausgabe, 32), Darmstadt 2000², S. 468-469.

[31] Zum Reichshofgericht im Mittelalter B. Diestelkamp (Hrsg.), *Urkundenregesten zur Tätigkeit des deutschen Königs- und Hofgerichts bis 1451*, bisher 15 Bde., Köln - Weimar - Wien 1986-2009; F. Battenberg, *Gerichtsschreiberamt und Kanzlei am Reichshofgericht 1235-1451* (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, 2), Köln - Wien 1974; ders., *Reichsacht und Anleite im Spätmittelalter. Ein Beitrag zur Geschichte der höchsten königlichen Gerichtsbarkeit im Alten Reich, besonders im 14. und 15. Jahrhundert* (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, 18), Köln - Wien 1986; P. Oestmann, *Prozesse aus Hansestädten vor dem Königs- und Hofgericht in der Zeit vor 1400*, in «ZRG/GA», 128, 2011, im Erscheinen.

nennt die Anrufung des königlichen Hofes bei Rechtsverweigerungen als wesentliche Einschränkung der Privilegien zugunsten der geistlichen Kurfürstentümer[32]. Bei Justizverweigerung durch einen territorialen Herrscher konnte jeder Untertan unabhängig von etwaigen Appellationsprivilegien das königliche Hofgericht, später das königliche Kammergericht sowie Reichskammergericht und Reichshofrat anrufen. Auch innerhalb der Territorien gab es solche Klagemöglichkeiten wegen *iustitia denegata vel protracta*. Daran erkennt man, dass auch die Patrimonialgerichtsbarkeit, die als Ausfluss des Eigentums an Grund und Boden nicht-staatlich war, einer gewissen öffentlichen Kontrolle unterlag[33].

Die engste Verbindung von Justizgewährleistungsanspruch, Fehdeverbot und Gerichtszwang zeigt sodann der *Wormser Reichsabschied* von 1495. Endgültig und dauerhaft wurde die Fehde verboten und gleichzeitig das Reichskammergericht reformiert, das für die Ahndung von Landfriedensbrüchen sowie von Justizverweigerungen territorialer Gerichte zuständig war. Für Michael Stolleis in seiner Geschichte des öffentlichen Rechts zeigt sich hier wie erwähnt sogar erst der Beginn von Gerichtsbarkeit als Ausdruck öffentlichen Rechts[34], aber das liegt natürlich an dem von ihm gewählten sehr späten wissenschaftsgeschichtlichen Entstehungszeitpunkt von öffentlichem Recht als Universitätsfach.

### 5. *Gegenläufige Tendenzen im Spätmittelalter: Oberhöfe, Feme, Überlappungen*

Der Blick auf die mittelalterliche Justizgewährungspflicht des Herrschers verdeckt freilich einen wichtigen gleichzeitigen Befund. Die Gerichtsbarkeit war bis an die Grenze zur Neuzeit weitgehend nicht nach territorialen Gerichtssprengeln organisiert. Für den Zusammenhang von Gerichtsbarkeit, öffentlicher Gewalt und Staatswerdung ist das von großer Bedeutung.

[32] *Goldene Bulle: Nürnberger Gesetzbuch*, cap. 11, bei L. WEINRICH (Hrsg.), *Quellen zur Verfassungsgeschichte des römisch-deutschen Reiches im Spätmittelalter (1250-1500)* (Ausgewählte Quellen zur deutschen Geschichte des Mittelalters. Freiherr vom Stein-Gedächtnisausgabe, 33), Darmstadt 1983, S. 354-355

[33] Zur Justizverweigerung K. PERELS, *Die Justizverweigerung im alten Reiche seit 1495*, in «ZRG/GA», 25, 1904, S. 1-51, P. OESTMANN, *Rechtsverweigerung im Alten Reich*, in «ZRG/GA», 127, 2010, S. 51-141; zur Bedeutung des Eigentums für die Herausbildung von Herrschaft und Gericht vgl. den Beitrag von D. Willoweit in diesem Band.

[34] M. STOLLEIS, *Geschichte*, S. 134, dort präzisiert auf Querverbindungen zwischen Gerichtsbarkeit und der Disziplin vom öffentlichen Recht.

Die öffentliche Gewalt der Gerichtsbarkeit war modern gesprochen nicht nach Gebietskörperschaften organisiert. In Reichsstädten war der Rat zwar zumeist zugleich das Obergericht der Stadt. Politische Herrschaft und Grenzen des Gerichtsbezirks deckten sich in diesem Fall[35]. Das war aber keineswegs überall die Regel.

Das gesamte spätmittelalterliche Oberhofwesen baute darauf auf, dass die Autorität der Gerichtsbarkeit von der Autorität und dem direkten Einfluss des Gerichtsherrn getrennt war. So waren die Magdeburger Schöffen bekanntlich als Oberhof für weit östlich gelegene Orte zuständig, ohne dass damit die politische Macht des Erzbischofs oder des Bürgermeisters vermehrt worden wäre[36]. Und die niederadligen Schöffen aus der verpfändeten Reichsvogtei Ingelheim am Rhein saßen zwar an einer alten Kaiserpfalz, übten aber keine öffentliche Gewalt des Reiches noch der Pfandnehmer Kurmainz oder Kurpfalz aus, selbst wenn sie sich als Reichsgericht gefühlt haben sollten[37]. An den Lübecker Rat wandten sich schließlich Ostseestädte aus Mecklenburg, Pommern und dem Baltikum, die politisch von Lübeck unabhängig waren[38]. Dieser Befund verdeutlicht, wie wichtig es ist, zwischen öffentlicher und territorialer Gerichtsbarkeit zu unterscheiden.

Wenn ein ungelehrtes Orts- oder Stadtgericht einen Rechtsfall nicht entscheiden konnte und sich deswegen an einen Oberhof wandte, war das durchaus mit der Situation vergleichbar, in der eine italienische Kommune in einer Rechtsfrage einen studierten Konsiliator um ein Gutachten bat. Trotzdem wird man den Konsiliator als Privatperson, den Oberhof

[35] K.S. Bader - G. Dilcher, *Deutsche Rechtsgeschichte. Land und Stadt – Bürger und Bauer im Alten Europa*, Berlin 1999, S. 583-592.

[36] F. Ebel, *Magdeburger Recht*, in M. Puhle - P. Petsch (Hrsg.), *Magdeburg. Die Geschichte der Stadt 805-2005*, Dössel 2005, S. 137-153, hier S. 144: Wenig innerstädischer Einfluss des Schöppenstuhls, aber Vermehrung des Ruhms der Stadt.

[37] H. Loersch, *Der Ingelheimer Oberhof*, Bonn 1885, S. LXXXII, CV, CX, CXXXIII; G. Gudian, *Der Oberhof Ingelheim*, in «ZRG/GA», 81, 1964, S. 267-297, hier S. 270; Bezug zur Herrschaft bei D. Willoweit, *Gerichtsherrschaft und Schöffenamt am Mittelrhein im 15. Jahrhundert. Beobachtungen anhand der Urteile des Ingelheimer Oberhofs*, in L. Bonfield (Hrsg.), *Seigneurial jurisdiction* (Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, 21), Berlin 2000, S. 145-159.

[38] W. Ebel, *Lübisches Recht*, Bd. 1, Lübeck 1971, S. 24-127; Überblick über das Magdeburger und Lübecker Recht im Tagungsband von H. Lück - M. Puhle - A. Ranft (Hrsg.), *Grundlagen für ein neues Europa. Das Magdeburger und Lübecker Recht in Spätmittelalter und Früher Neuzeit* (Quellen und Forschungen zur Geschichte Sachsen-Anhalts, 6), Köln - Weimar - Wien 2009.

dagegen als eher öffentliches Gericht ansehen. Nimmt man die beiden in der Einleitung genannten Kriterien zu Hilfe, wird der Unterschied deutlich: Zwar ging der Anspruch sowohl des Oberhofs als auch des gelehrten Konsiliators bei Anfragen von Stadtgerichten jeweils dahin, über eine reine Privatschlichtung gemeinschaftsbezogen zu entscheiden. Aber die Zwangsgewalt war verschieden. Der Konsiliator besaß keinen Gerichtszwang. Der Oberhof war zwar ebenfalls lediglich durch Konsens in die Gerichtsverfassung des anfragenden Gerichts eingebunden und konnte die Befolgung seiner Entscheidung nicht erzwingen. Insoweit besaß er gleichermaßen keine Gerichtsgewalt[39]. Aber er übte jeweils auch unmittelbare Gerichtsgewalt über den Ort aus, in dem er selbst residierte, und sei er auch noch so klein gewesen wie die wenigen Dörfer des sogenannten «Ingelheimer» Reiches[40]. Wurde ein Oberhof dagegen vor Beginn eines untergerichtlichen Rechtsstreits von einer Privatperson um eine Rechtsauskunft gebeten[41], handelte es sich bei seinem Urteilsvorschlag nach der hier vorgeschlagenen Typologie nicht um den Ausdruck öffentlicher Gewalt. Der Sache nach erkannte dies auch Dieter Werkmüller, der danach unterschied, ob ein Oberhof als «wirkliches Gericht» oder als «Urteiler-Kollegium ohne eigene richterliche Gewalt» tätig wurde[42].

Ein Problemfall für Gerichtsbarkeit als Ausdruck öffentlicher Gewalt ist neben den Oberhöfen auch die Femegerichtsbarkeit, die vor allem in Westfalen ab dem 13. Jahrhundert nachweisbar ist. In der Tat waren die sogenannten «Freigerichte» nicht an Territorialherren angebunden. Allerdings wurzelten sie im älteren Grafengericht und behaupteten aus dieser Tradition die unmittelbare Anbindung an den König. Im 14. Jahrhundert konnten die Erzbischöfe von Köln die Oberherrschaft über die Femegerichte erringen, und als königliche Statthalter verliehen sie diesen Gerichten den Gerichtsbann. Mehrere Könige erkannten die Kompetenz der Femegerichte ausdrücklich an[43]. Selbst einzelne Stuhlherren der Frei-

[39] Sehr klar J. WEITZEL, *Über Oberhöfe, Recht und Rechtszug* (Göttinger Studien zur Rechtsgeschichte, 15), Göttingen 1981, S. 7.

[40] Zur unmittelbaren Gerichtsbarkeit über den Ingelheimer Grund A. ERLER, *Die Ingelheimer Haderbücher*, in K. BUSSMANN - N. GRASS (Hrsg.), *Festschrift für Karl Haff*, Innsbruck 1950, S. 51-61, hier S. 54, 60.

[41] In Ingelheim war dies bis 1418 sogar der wesentliche Geschäftsanfall: G. GUDIAN, *Ingelheimer Recht im 15. Jahrhundert* (Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, NF 10), Aalen 1968, S. 11, 20; DERS., *Oberhof Ingelheim*, S. 272.

[42] D. WERKMÜLLER, Art. *Oberhof*, in *HRG*, Bd. 3, 1984, Sp. 1134-1146, hier Sp. 1134.

[43] Grundlegend T. LINDNER, *Die Feme. Geschichte der «heimlichen Gerichte» Westfalens*, ND Paderborn 1989 der 2. Aufl. Paderborn 1896, S. 410-418, 427-441; zu daraus

gerichte verfügten über königliche Privilegien. So war gerade die Feme, auch wenn sie teilweise als heimliche Gerichtsbarkeit denunziert wurde und mit der Ausbildung landesherrlicher Justiz nur schwer zu vereinbaren war, eine Bestätigung der königlichen Richterstellung und damit klarer Ausdruck öffentlicher Gewalt[44]. Und Rechtszwang lässt sich durch die verkündeten und teilweise auch vollstreckten Todesurteile unschwer nachweisen. In der frühen Neuzeit gerieten solche Freigerichte dann teilweise unter den Einfluss des Landesherrn und dienten der Durchsetzung landesherrlicher Interessen gegenüber Patrimonialgerichten, wie es etwa im Fürstbistum Paderborn zu beobachten ist[45].

Schwierig zu deuten sind in unserem Zusammenhang auch die sich überlappenden Zuständigkeiten ganz verschiedener Arten von Gerichtsbarkeit. Wenn man von öffentlicher Gewalt redet, wurde diese jedenfalls von ganz unterschiedlichen Institutionen ausgeübt. Dabei geht es nicht nur um geistliche und weltliche herrschaftliche Gerichte, die teilweise dieselben sachlichen Zuständigkeiten ausübten, sondern vor allem um Sondergerichtsbarkeiten von Zünften und anderen Korporationen. Jeder Mensch gehörte verschiedenen Lebensbereichen an – Bürger einer Stadt, Mitglied einer Kirchengemeinde, Handwerker in einer Zunft – und unterstand damit verschiedenen Gerichten. Öffentliche Gewalt im Sinne von Rechtszwang übten diese Institutionen neben den städtischen Gerichten ebenfalls aus[46]. Die Zünfte waren zumeist anerkannte Elemente der Stadtverfassung, der Ausschluss aus einer Zunft konnte zugleich den Verlust politischer Mitwirkungsrechte bedeuten. Diese speziellen Gerichtsbarkeiten verfügten

resultierenden Konflikten B. DIESTELKAMP, *Das Königliche Hofgericht unter Karl IV.: Wenzel und Ruprecht und die Veme*, in M. SENN - C. SOLIVA (Hrsg.), *Rechtsgeschichte und Interdisziplinarität. Festschrift für Clausdieter Schott*, Bern u.a. 2001, S. 3-14; zum Königsbann W. HANISCH, *Anmerkungen zu neueren Ansichten über die Feme*, in «ZRG/GA», 102, 1985, S. 247-268, hier S. 256, 262.

[44] H. LÜCK, Art. *Feme*, in *HRG*, Bd. 1, 2008$^7$, Sp. 1535-1543.

[45] M. STRÖHMER, *Fürstbischöfliche Justizreformen – ein Modernisierungsparadoxon? Alternative Strategien und Deutungen lokaler Herrschaftsverdichtung des 18. Jahrhunderts im Hochstift Paderborn*, in B. BRAUN - M. MENNE - M. STRÖHMER (Hrsg.), *Geistliche Fürsten und Geistliche Staaten in der Spätphase des Alten Reiches*, Epfendorf 2008, S. 125-161.

[46] F.-J. ARLINGHAUS, *Genossenschaft, Gericht und Kommunikationsstruktur. Zum Zusammenhang von Vergesellschaftung und Kommunikation vor Gericht*, in F.-J. ARLINGHAUS - I. BAUMGÄRTNER - V. COLLI - S. LEPSIUS - T. WETZSTEIN (Hrsg.), *Praxis der Gerichtsbarkeit in europäischen Städten des Spätmittelalters* (Rechtsprechung. Materialien und Studien, 23), Frankfurt a.M. 2006, S. 155-186, hier S. 156, 177-178.

damit über das notwendige Maß an Zwangsgewalt und Gemeinschaftsbezug[47].

Nicht klar einzuordnen sind im hier interessierenden Zusammenhang auch Austrägalgerichte, die im späten Mittelalter bis in die frühe Neuzeit hinein Konflikte zwischen Reichsständen schlichten oder entscheiden sollten. Dort waren jedenfalls immer Träger öffentlicher Gewalt als Streitparteien beteiligt. Für deren Auseinandersetzungen waren durch Vertrag oder Landfrieden Schlichtungsverfahren vor institutionalisierten Schiedsgerichten vorgesehen, denen sich die Parteien bei Ausbruch von Rechtskonflikten dann auch unterwarfen[48]. Das betraf auch Streitigkeiten zwischen verschiedenen Angehörigen einzelner Herrscherfamilien, so dass private von öffentlichen Auseinandersetzungen nur schwer abzugrenzen sind. Offenbar stand bei den Austragsgerichten die gütliche Einigung im Zentrum der Verhandlungen, denn nur nach gescheiterten Verhandlungen sollte überhaupt ein Schiedsspruch ergehen[49]. Ob dieser verbindlich und durchsetzbar war, ob Austrägalgerichte also Zwangsgewalt besaßen, wird in der Literatur kaum thematisiert[50]. Auch Johann Stephan Pütter zog sich im 18. Jahrhundert auf die blumige Formulierung zurück, man habe es «beynahe für ehrlos gehalten», sich einem Austrägalspruch nicht zu fügen[51]. Zumindest beim Schiedsgericht des Schwäbischen Bundes 1488 bestand aber die Verpflichtung der Bundesmitglieder, das Gericht anzurufen, wie auch Vollstreckungsmöglichkeiten vorgesehen

[47] J. Brand, Art. *Zunft, Zunftwesen*, in *HRG*, Bd. 5, 1998, Sp. 1792-1803, hier Sp. 1797-1798: Effektivität der Zunftgerichte war den staatlichen Gerichten mindestens ebenbürtig, teilweise überlegen; Durchsetzungskraft der Entscheidungen; Sp. 1793: korporativ öffentliche Aufgaben der Zunft.

[48] Zu mittelalterlichen Wurzeln N. Meurer, *Die Entwicklung der Austrägalgerichtsbarkeit bis zur Reichskammergerichtsordnung von 1495*, in A. Baumann - P. Oestmann - S. Wendehorst - S. Westphal (Hrsg.), *Prozeßpraxis im Alten Reich. Annäherungen – Fallstudien – Statistiken* (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, 50), Köln - Weimar - Wien 2005, S. 17-52, hier S. 19.

[49] N. Meurer, *Entwicklung*, S. 23.

[50] Kein Hinweis auf Zwang oder Vollstreckung bei F. Merzbacher, Art. *Austrägalinstanz*, in *HRG*, Bd. 1, 1971, Sp. 273-274; M. Kotulla, Art. *Austrägalinstanz*, in *HRG*, Bd. 1, 2008[2], Sp. 387-388.

[51] J.S. Pütter, *Historische Entwicklung der heutigen Staatsverfassung des Teutschen Reiches*, Tl. 1, Göttingen 1786, S. 214 (ebenso 1788[2], S. 214); dazu N. Meurer, *Entwicklung*, S. 24; für freiwillige Unterwerfung auch E.-M. Distler, *Städtebünde im deutschen Spätmittelalter. Eine rechtshistorische Untersuchung zu Begriff, Verfassung und Funktion* (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 207), Frankfurt a.M. 2006, S. 152.

waren[52]. Doch erst nach 1495 lässt sich die Austragsgerichtsbarkeit reichsweit klarer einordnen. Seitdem war sie, jedenfalls in den normativen Quellen, förmliche erste Instanz für Prozesse zwischen Fürsten, seit 1521 auch zwischen allen anderen Reichsunmittelbaren[53]. Die erfolglose Austrägalverhandlung war damit Zulässigkeitsvoraussetzung einer reichskammergerichtlichen Klage. Trotzdem gab es auch weiterhin gewillkürte Schiedsgerichte für einzelne Konflikte innerhalb reichsständischer Familien[54]. Dem Adel stand damit sowohl eine private als auch eine öffentliche Schiedsgerichtsbarkeit zum Austrag seiner Rechtskonflikte zur Verfügung. Im Zweifel sollten die gewillkürten spontanen Austräge sogar Vorrang vor den reichsrechtlichen Regelungen genießen[55].

Nur zur Abgrenzung sei darauf hingewiesen, dass die hier unternommene Suche nach Gerichtsbarkeit als Ausdruck öffentlicher Gewalt nicht identisch ist mit einer zweiten Diskussion um das «öffentliche Gericht» im Mittelalter. Als Quellenbegriff taucht «apen vrig gerichte» offenbar erstmals 1285 auf[56], und daran knüpfen neuere Literaturäußerungen zur öffentlichen Bestrafung, öffentlichen Verhandlungen und zum öffentlichen Vollzug der Vollstreckung an[57]. In solchem Zusammenhang meint öffentlich lediglich das Gegenteil von heimlich und hat insofern keinen Bezug zur richterlichen Gewalt.

### 6. *Gerichtsbarkeit und staatliches Gewaltmonopol*

Spricht man über die Ausübung öffentlicher Gewalt durch Gerichtsbarkeit, ist für das Alte Reich ein besonderes Augenmerk auf die Reichsreform von 1495 zu richten. Der Zusammenhang zwischen dem Verbot eigenmächtig-

[52] D. WILLOWEIT, *Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands*, München 2009[6], S. 113.

[53] B. DICK, *Die Entwicklung des Kameralprozesses nach den Ordnungen von 1495 bis 1555* (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, 10), Köln - Wien 1981, S. 36.

[54] N. MEURER, *Entwicklung*, S. 45-52.

[55] *Ibidem*, S. 51.

[56] P. WIGAND, *Das Femgericht Westphalens aus den Quellen dargestellt und mit noch ungedruckten Urkunden erläutert*, Hamm 1825, S. 365 Anm. 6.

[57] L. HÖLSCHER, Art. *Öffentlichkeit*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 4, 1978, S. 413-467, hier S. 417, mit Hinweis auf M. FOUCAULT, *Wahnsinn und Gesellschaft. Eine Geschichte des Wahns im Zeitalter der Vernunft* (1961), Frankfurt a.M. 1973, S. 136.

privater Rechtsdurchsetzung, der Verpflichtung, hoheitliche Gerichte anzurufen, und gleichzeitig auch dem Anspruch, vor diesen hoheitlichen Gerichten Rechtsschutz erlangen zu können, wird beim *Wormser Reichsabschied* von 1495 überdeutlich. Bereits Friedrich II. hatte 1235 im *Mainzer Reichslandfrieden* die Wechselwirkung zwischen der Eindämmung privater Fehde und der Gewährung hoheitlicher Gerichtsbarkeit erkannt. 1495 zog das Alte Reich sodann den förmlichen Schlußstrich unter die vielhundertjährige Landfriedensgesetzgebung. Die Fehde wurde im *Ewigen Landfrieden* dauerhaft und ausnahmslos verboten:

«Also das von zeit diser verkundigung nyemants, von was wirden, standes oder wesens der sey, den andern bevehden, bekriegen, berauben, fahen, uberziehen, belegern, auch darzu durch sich selbs oder yemants anders von seinen wegen nit dienen, noch auch einich sloß, stette, merkt, befestigung, dörfer, hove oder weyler, absteygen oder on des andern willen mit gewaltiger tat frevenlich einnemen oder geverdlich mit prand oder in ander wege dermaßen beschedigen solle, auch nyemand solichen tetern rat, hilf oder in kein ander weise keinen beystand oder furschub tu, auch sy wissentlich oder geverlich nit herbergen, behausen, etzen oder trenken, enthalten oder geduldeen, sunder wer zu dem andern zu sprechen vermaint, der soll solichs suchen und tun an den enden und gerichten, da die sachen hievor oder yetzund in der ordenung des camergerichts zu austrag vertaidingt sein oder kunftiglich wurden oder ordenlichen hingehorn»[58].

Eigenmächtige Selbsthilfe war fortan verboten[59]. Die öffentliche Gewalt sollte die einzige legitime Gewalt sein. In der Praxis gab es Fehden bekanntlich auch noch im 16. Jahrhundert[60], und es gab aufgrund einer wenig eindeutigen Bestimmung in der *Constitutio Criminalis Carolina* von 1532 auch Diskussionen, inwieweit die Fehdeführung bzw. der Landfriedensbruch als Straftat anzusehen war[61]. Angesichts der intensiven

[58] Ordnung des *Ewigen Landfriedens* vom 7. August 1495, Art. 1, bei L. WEINRICH (Hrsg.), *Quellen zur Reichsreform im Spätmittelalter* (Ausgewählte Quellen zur deutschen Geschichte des Mittelalters. Freiherr vom Stein-Gedächtnisausgabe, 39), Darmstadt 2001, S. 451-452.

[59] M. FISCHER, *Reichsreform und «Ewiger Landfrieden». Über die Entwicklung des Fehderechts im 15. Jahrhundert bis zum absoluten Fehdeverbot von 1495* (Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, NF 34), Aalen 2007, S. 213-241.

[60] E. KAUFMANN, *Michael Kohlhaas = Hans Kohlhase. Fehde und Recht im 16. Jahrhundert - ein Forschungsprogramm*, in G. DILCHER - B. DIESTELKAMP (Hrsg.), *Recht, Gericht, Genossenschaft und Policey. Studien zu Grundbegriffen der germanistischen Rechtshistorie. Symposion für Adalbert Erler*, Berlin 1986, S. 65-83; M. DIESSELHORST - A. DUNCKER, *Hans Kohlhase. Die Geschichte einer Fehde in Sachsen und Brandenburg zur Zeit der Reformation* (Rechtshistorische Reihe, 201), Frankfurt a.M. 1999.

[61] *Constitutio Criminalis Carolina*, Art. 129; dazu C. REINLE, *Bauernfehden. Studien zur Fehdeführung Nichtadliger im spätmittelalterlichen römisch-deutschen Reich, besonders in*

Verhandlungen, die dem Landfrieden von 1495 vorausgingen, darf man die Verabschiedung des Gesetzes in ihrer Symbolwirkung aber nicht unterschätzen. Statt Selbsthilfe war nunmehr die gerichtliche Geltendmachung von Rechtsansprüchen vorgeschrieben, Historiker sprechen für die Folgezeit von der Verrechtlichung sozialer Konflikte[62]. Genau dies war auch der Grund für die zeitgleich zum Ewigen Landfrieden am selben Tag verabschiedete Ordnung des Reichskammergerichts. Diese Justizreform war im Gegensatz zu vielfach zu lesenden Einschätzungen keine echte Neugründung. Ein Königliches Kammergericht gab es bereits seit 1415, und seit den 1470er Jahren zeigten sich dort die Professionalisierung des richterlichen Personals und der Übergang zum gelehrten, römisch-kanonischen Prozeßrecht[63]. Es wurden sogar vor 1495 begonnene Prozesse nach 1495 vom Reichskammergericht weitergeführt[64]. Neu und im hier interessierenden Zusammenhang entscheidend war aber die Funktionsverschiebung des Kammergerichts. Während das Kammergericht des 15. Jahrhunderts eng an den König angebunden war, wurde es 1495 in ein echtes Reichsorgan umgewandelt und erhielt ausdrücklich die Aufgabe, die Einhaltung des Landfriedens zu gewährleisten. Die Präambel der Gerichtsordnung sagt das mit deutlichen Worten:

«Wir haben aus beweglichen ursachen einen gemeinen landfriden durch das h[ei]l[ige] Römische Reich und Teutsche Nation aufgericht und zu halten geboten, und nachdem derselbig on redlich, erber und furderlich recht swerlich in wesen besteen möchte,

*den bayerischen Herzogtümern* (Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte. Beihefte 170), Wiesbaden 2003, S. 112.

[62] W. SCHULZE, *Bäuerlicher Widerstand und feudale Herrschaft in der frühen Neuzeit* (Neuzeit im Aufbau, 6), Stuttgart - Bad Cannstatt 1980, S. 141; zu diesem Ansatz auch P. BLICKLE, *Unruhen in der ständischen Gesellschaft 1300-1800* (Enzyklopädie deutscher Geschichte, 1), München 1988, S. 78-92; A. HOLENSTEIN, *Bauern zwischen Bauernkrieg und Dreißigjährigem Krieg* (Enzyklopädie deutscher Geschichte, 38), München 1996, S. 109-110.

[63] Quellen bei F. BATTENBERG - B. DIESTELKAMP (Hrsg.), *Die Protokoll- und Urteilsbücher des Königlichen Kammergerichts aus den Jahren 1465 bis 1480* (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, 44), 3 Bde., Köln - Weimar - Wien 2004; Überblick bei F. BATTENBERG, *Königliche Kammergerichtsbarkeit im späteren 15. Jahrhundert*, in R. LIEBERWIRTH - H. LÜCK (Hrsg.), *Akten des 36. Deutschen Rechtshistorikertages Halle an der Saale 2006*, Baden-Baden 2008, S. 525-543.

[64] M. KORDES, *Der Nordwesten des Reiches und das Prozeßaufkommen am Reichskammergericht in den ersten fünf Jahren seines Bestehens. Zugleich einige Beobachtungen zur Frage der Kontinuität zwischen königlichem Kammergericht und Reichskammergericht*, in B. DIESTELKAMP (Hrsg.), *Das Reichskammergericht. Der Weg zu seiner Gründung und die ersten Jahrzehnte seines Wirkens (1451-1527)*, (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich 45) Köln - Weimar -Wien 2003, S. 197-219.

darumb, auch gemainen nutze zu furdrung und notdurften ewr aller unser und des h[ei] l[ige] Reichs camergericht mit zeitigem rate ewr, der kurfürsten, fürsten und gemeiner besamlung … aufzurichten und zu halten furgenomen und geordent»[65].

Ohne redliches, ehrbares und förderliches Recht könne der Ewige Landfrieden schwerlich in seinem Wesen bestehen, hieß es also. Hier ist «Recht» ganz offensichtlich in der Bedeutung von «Gericht» zu verstehen[66]. Die Durchsetzung von Rechtsfrieden war damit eindeutig als hoheitliche Aufgabe formuliert. Das staatliche Gewaltmonopol, so problematisch dieser Ausdruck für die Wende vom Spätmittelalter zur frühen Neuzeit erscheinen mag, stand zumindest auf dem Papier. In der Literatur hat man mehrfach diesen gesamteuropäischen Vorgang auch aus der Gegenrichtung beschrieben. Die Errichtung zentraler Obergerichte ist damit gleichsam das wichtigste Kennzeichen für die Entstehung moderner Staatlichkeit schlechthin[67].

Das galt nicht nur für die Reichsebene. Die Reichskammergerichtsordnung von 1495 bestimmte zugleich, dass ein mittelbarer Reichsuntertan erstinstanzlich nicht am Kammergericht klagen durfte, «es were dann sach, das er vor denselben ordenlichen undergerichten recht ersucht und kuntlich versagt oder mit geverden verzogen were»[68]. Dieser Halbsatz war für die rechtliche Einschätzung territorialer Justiz von zentraler Bedeutung. Dem Wortlaut nach beschrieb er eine Ausnahme. In Fällen von Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung konnte ein Untertan ausnahmsweise erstinstanzlich am Reichskammergericht klagen. Im Umkehrschluss setzte dies die Selbstverständlichkeit voraus, dass jeder Landesherr dafür Sorge zu tragen hatte, dass seine Untertanen ihre Rechtsstreitigkeiten vor territorialen Gerichten austragen konnten. Die Gerichtsherrschaft der Territorialherren war also nicht allein ein Zeichen ihrer autonomen hoheitlichen Gewalt, sondern auch ihrer weiterbestehenden Unterworfenheit unter das Reich. Denn die *iurisdictio*, die die Landesherren nach und nach vom Reich erworben hatten, verlangte, dass sie dieses Recht auch tatsächlich und ordnungsgemäß ausübten. Genau dies wurde im Prinzip vom Reich

[65] Reichskammergerichtsordnung vom 7. August 1495, Präambel, bei L. WEINRICH, *Quellen zur Reichsreform*, S. 438.

[66] Belege aus dem 15. und 16. Jahrhundert in *Deutsches Rechtswörterbuch*, Bd. 11, 2003-2007, Art. *Recht* VI, Sp. 291.

[67] R.C. VAN CAENEGEM, *Geschiedkundige Inleiding tot het Recht*, Bd. 1: *Privaatrecht*, Brüssel 1989, S. 108-110, 113; M. GODFREY, *Civil Justice*, S. 2.

[68] *Reichskammergerichtsordnung* 1495, Art. 16, bei L. WEINRICH, *Quellen zur Reichsreform*, S. 443.

überwacht. Falls ein partikularer Gerichtsherr gegen seine Pflicht zur Justizgewähr verstieß, konnte auf die Klage eines Untertanen hin dem Landesherrn in der konkreten Streitsache die Gerichtsgewalt entzogen werden. Das Richteramt ging dann wieder auf den König bzw. neuzeitlich Kaiser über. Dieses Verfahren nennt man Avokation[69]. Die partikulare *iurisdictio*, so konnte man daran sehen, war die gesamte frühe Neuzeit über kein originäres Herrschaftsrecht der Territorien, sondern blieb eine von der Reichsgewalt abgeleitete Kompetenz. Es gab, jedenfalls in den Extremfällen der *iustitia denegata vel protracta*, eine Justizaufsicht des Reiches über die Territorien. Im 18. Jahrhundert schwächten die Reichsstände die kaiserlichen Befugnisse durch geschickt formulierte Wahlkapitulationen ab, konnten den Anspruch des Reiches, eine ordentliche Gerichtsverfassung in den Territorien einzufordern, aber niemals völlig beseitigen. Die territoriale Gerichtsbarkeit, so darf man festhalten, war damit Ausfluss hoheitlicher Gewalt, die letztlich auf das Reichsoberhaupt als obersten Richter im Reich zurückging.

Die soeben angesprochene *iurisdictio* war auch in der zeitgenössischen Rechtslehre das zentrale Herrschaftsrecht überhaupt[70]. Beginnend mit dem Reichstag von Roncaglia mit seiner berühmten *lex Omnis iurisdictio*[71] bis hin zum frühmodernen Staatsverständnis, war die Gerichtsgewalt dasjenige Recht, dass die entstehende Staatlichkeit schlechthin umschrieb[72]. In der gelehrten Literatur nahm zwar seit dem 17. Jahrhundert die Legislative

[69] Einzelheiten bei K. PERELS, *Justizverweigerung*; P. OESTMANN, *Rechtsverweigerung*.

[70] B. STOLLBERG-RILINGER, *Des Kaisers alte Kleider. Verfassungsgeschichte und Symbolsprache des Alten Reiches*, München 2008, S. 28; H. LÜCK, Art. *Gericht*, in *HRG*, Bd. 2, 9. Lfg., 2009², Sp. 131-143, hier 138.

[71] V. COLORNI, *Die drei verschollenen Gesetze des Reichstages bei Roncaglia* (Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, NF 12), Aalen 1969, S. 26; D. QUAGLIONI, *Il diritto comune pubblico e le leggi di Roncaglia. Nuove testimonianze sulla l. «omnis iurisdictio»*, in G. DILCHER - D. QUAGLIONI (Hrsg.), *Gli inizi del diritto pubblico. L'età di Federico Barbarossa: legislazione e scienza del diritto / Die Anfänge des öffentlichen Rechts. Gesetzgebug im Zeitalter Friedrich Barbarossas und das Gelehrte Recht* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Contributi/Beträge, 19), Bologna - Berlin 2007, S. 47-63.

[72] Zur frühneuzeitlichen Diskussion D. WILLOWEIT, *Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt. Landesobrigkeit, Herrschaftsrechte und Territorium in der Rechtswissenschaft der Neuzeit* (Forschungen zur Deutschen Rechtsgeschichte, 11), Köln - Wien 1975, S. 17-47, 186-213; D. WYDUCKEL, *Die Herkunft der Rechtsprechung aus der Iurisdictio. Ein Beitrag zur historischen Rekonstruktion der Rechtsprechungslehre*, in N. ACHTERBERG (Hrsg.), *Rechtsprechungslehre*, Köln - Berlin - Bonn - München 1985, S. 247-270.

als eigenes Herrschaftsrecht an Bedeutung zu[73]. Die Gerichtsbarkeit blieb aber weiterhin der zentrale Ausdruck für obrigkeitliche Gewalt schlechthin. Um es ganz anschaulich zu sagen: Wer das Recht hatte, irgendwo einen Galgen aufzurichten, demonstrierte damit seine Landesherrschaft über eine bestimmte Gegend. Wohl nicht zufällig gab es im Alten Reich besonders zahlreiche Konflikte um streitige Jurisdiktionsgrenzen und um das Recht zur Errichtung von Galgen[74]. Deutlicher konnte man den Zusammenhang zwischen öffentlichem Gericht und obrigkeitlichem Zwang gar nicht zeigen[75].

Freilich waren Rechtsverweigerungsprozesse von Landesuntertanen gegen ihre Obrigkeiten insgesamt selten. Die Möglichkeit solcher Klagen entfaltete aber offenbar dennoch erhebliche präventive Wirkung. Für Schleswig-Holstein lässt sich nachweisen, wie in der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts die landesherrlichen Gerichte immer weitere Prozessmaximen der gelehrten Gerichtsbarkeit übernahmen, um bei Appellationen ihrer Untertanen an das Reichskammergericht die Rechtmäßigkeit ihres Verfahrens beweisen zu können[76]. Und auch andernorts hatten die Landesherren zweifellos Interesse daran, nicht durch avozierte Prozesse in ihrer *iurisdictio* geschmälert zu werden. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass es im ureigenen Interesse der territorialen Machthaber lag, die gemeinrechtlichen Vorgaben des Reiches zur Ausgestaltung von Gerichtsverfassung und Prozessrecht auch tatsächlich umzusetzen. Derselbe Mechanismus lässt sich auch innerhalb der Territorien beobachten. Auch die Patrimonialgerichte unterstanden einer ganz ähnlichen Justizaufsicht

[73] M. MECCARELLI, *Ein Rechtsformat für die Moderne: Lex und Iurisdictio in der spanischen Spätscholastik*, in C. STROHM - H. DE WALL (Hrsg.), *Konfessionalität und Jurisprudenz in der frühen Neuzeit* (Historische Forschungen, 89), Berlin 2009, S. 285-311, hier S. 302: Legislative wird in *iurisdictio* eingebettet.

[74] Beispiele bei P. OESTMANN, *Hexenprozesse am Reichskammergericht* (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, 31), Köln - Weimar - Wien 1997, S. 42-44; J. HAUSMANN, *«Mandati de tollendo limites». Zum Problem der Grenzen in der Praxis der Höchstgerichtsbarkeit*, in I. SCHEURMANN (Hrsg.), *Frieden durch Recht. Das Reichskammergericht von 1495 bis 1806*, Mainz 1994, S. 221-230.

[75] So auch H. LÜCK, Art. *Galgen*, in *HRG*, Bd. 1, 2008², Sp. 1917-1926, hier Sp. 1922-1923; DERS., *Nach Herkommen und Gewohnheit. Beobachtungen zum Gewohnheitsrecht in der spätmittelalterlichen Gerichtsverfassung Kursachsens*, in G. DILCHER u.a., *Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter* (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, 6), Berlin 1992, S. 149-160, hier S. 157.

[76] W. PRANGE, *Schleswig Holstein und das Reichskammergericht in dessen ersten fünfzig Jahren* (Schriftenreihe der Gesellschaft für Reichskammergerichtsforschung, 22), Wetzlar 1998.

und mussten bei Rechtsverweigerungen und Rechtsverzögerungen mit Eingriffen des Landesherrn rechnen[77]. Wenn auch fraglich sein mag, inwieweit Patrimonialgerichte öffentliche Gewalt ausübten, so unterlagen sie doch zumindest einer gewissen hoheitlichen Kontrolle[78]. Problematisch war bei den Patrimonialgerichten also nicht der Zwangscharakter, sondern ihr Unterschied zu einer rein privaten Herrschaft über Leibeigene oder Gutsangehörige. Bereits Max Weber hat dieses Problem gesehen. Nicht der Struktur, sondern nur dem Grade und Inhalt nach unterscheidet sich für ihn Patrimonialherrschaft von privater Hausgewalt[79]. Eduard Kern entschied sich dafür, in seiner Gesamtdarstellung die Patrimonialgerichtsbarkeit unumwunden als private Justiz zu bezeichnen[80]. Das greift aber zu kurz. Die Patrimonialgerichtsbarkeit knüpft nämlich regelmäßig an eine mittelalterliche Verleihung der Gerichtsrechte durch den Herrscher an[81]. Die fortdauernde Gemengelage zeigt anschaulich das preußische *Allgemeine Landrecht* von 1794. Die Kodifikation bezeichnet die Patrimonialgerichte mehrfach als Privatgerichtsbarkeit[82], hält zugleich aber fest, dass sich kein Patrimonialrichter der «Oberaufsicht des Staats entziehen» könne[83]. Diese Oberaufsicht war in jeder Hinsicht üblich und war bereits von der *Constitutio Criminalis Carolina* 1532 als Selbstverständlichkeit vorausgesetzt. Wenn nämlich ein Patrimonialrichter sein Amt nicht in eigener Person wahrnehmen konnte, durfte er einen Vertreter vorschlagen, der aber vom Oberrichter bestätigt werden musste[84]. Die Abgrenzung zwischen privater und öffentlicher Macht mag damit pro-

[77] E. Döhring, *Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500*, Berlin 1953, S. 107; P. Oestmann, *Rechtsverweigerung*, S. 68.

[78] U. Ludwig, *Das Herz der Justitia. Gestaltungspotentiale territorialer Herrschaft in der Strafrechts- und Gnadenpraxis am Beispiel Kursachsens 1548-1648* (Konflikte und Kultur. Historische Perspektiven, 16), Konstanz 2008, S. 107 zu erleichterten Rechtsmittelverfahren und obrigkeitlichen Kontrollen.

[79] M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 585.

[80] E. Kern, *Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts*, S. 42-43.

[81] A. Erler, Art. *Patrimonialgerichtsbarkeit*, in *HRG*, Bd. 3, 1984, Sp. 1547-1549.

[82] *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* (künftig *ALR*), II 17 §§ 20, 22, 32-35, bei H. Hattenhauer (Hrsg.), *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*, Frankfurt a.M. - Berlin 1970, S. 620-621.

[83] *ALR*, II 17 § 22, bei H. Hattenhauer, *Allgemeines Landrecht*, S. 620.

[84] *Constitutio Criminalis Carolina*, Art. 2, bei F.-C. Schroeder (Hrsg.), *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. (Carolina)*, Stuttgart 2000, S. 24.

blematisch bleiben. Aber jedenfalls übte ein Patrimonialherr keine rein private Herrschaft aus, auch keine rein private Gerichtsgewalt.

### 7. *Territorialisierung des Gerichts als Ausdruck öffentlicher Gewalt*

Im nächsten Schritt ist es für die Ausprägung von Gerichtsbarkeit als Zeichen öffentlicher Gewalt wichtig, dass in der frühen Neuzeit eine ganz weitgehende Territorialisierung der Justiz erfolgte[85]. Die Gerichtsgewalt folgte mehr und mehr den Landesgrenzen. Am Anfang standen noch mittelalterliche Privilegien, sogenannte «privilegia fori», durch die Landesherren sich zusichern ließen, dass keine Rechtsfälle aus ihren Territorien außerhalb ihrer Landesgrenzen verhandelt und entschieden wurden[86]. Diese Privilegierung ist mit dem grundsätzlich einstufigen ungelehrten mittelalterlichen Gerichtswesen durchaus vereinbar. Es sollte nur eine Verhandlung geben, und diese sollte innerhalb des Herrschaftsbereichs des Landesherrn stattfinden. In mehreren Schritten wurde die Territorialisierung der Justiz sodann weiter vorangetrieben, wenn sie in der Praxis auch teilweise unübersichtlich blieb[87]. Die Reihenfolge dieser Maßnahmen war nicht überall dieselbe, aber mehrere solcher Schritte lassen sich für viele Territorien beobachten.

Zentral in der zeitgenössischen Wahrnehmung war dabei offenbar der Belehnungsakt. Durch die Belehnung mit einem Territorium erhielt der Vasall, also der Landesherr, zugleich die *iurisdictio* über sein Herrschaftsgebiet. Die prinzipielle Reichweite dieses Befundes veranschaulichen Streitigkeiten über die Gerichtsherrschaft und die Instanzenzüge in geistlichen Territorien. Hier war teilweise streitig, ob bestimmte bischöfliche Offizialatgerichte Teil der weltlich-landesherrlichen oder geistlich-kirchlichen Sphäre waren. Ein typisches Argument in anwaltlichen Supplikationen oder Schriftsätzen war nun, dass ein Fürstbischof als weltlicher Landesherr seine

[85] Andere Blickrichtung bei G. SCHWERHOFF, Art. *Gewalt*, in *Enzyklopädie der Neuzeit*, Bd. 4 (2006), Sp. 787-794, hier Sp. 790, der die Justizgewalt ausschließlich an den frühneuzeitlichen Strafprozess knüpft.

[86] F. BATTENBERG, *Die Gerichtsstandsprivilegien der deutschen Kaiser und Könige bis zum Jahre 1451* (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, 12/I-II), Köln - Wien 1983, S. 11-22; J. WEITZEL, *Funktion und Gestalt der Gerichtsprivilegien*, in B. DÖLEMEYER - H. MOHNHAUPT (Hrsg.), *Das Privileg im europäischen Vergleich*, Bd. 1 (Ius Commune. Sonderheft 93), Frankfurt a.M. 1997, S. 191-205.

[87] H. LÜCK, *Die kursächsische Gerichtsverfassung 1423-1550* (Forschungen zur Deutschen Rechtsgeschichte, 17), Köln - Weimar - Wien 1997, S. 78.

Regalien vom Kaiser erhalten hatte und deswegen die Gerichtsherrschaft über die weltlichen Gerichte ausübte[88]. Die territoriale Gerichtsbarkeit als Ausfluss öffentlicher Gewalt blieb somit sehr eng mit dem Lehensrecht verbunden. Auf die Bedeutung des Lehenswesens für die frühneuzeitliche Reichsverfassung ist in jüngster Zeit gelegentlich hingewiesen worden[89]. Für die Gerichtsbarkeit bedeutet dies, dass die Belehnung der Territorialherren mit der *iurisdictio* die Verbindung zwischen der Gerichtsverfassung und der Reichsverfassung bei jedem Herrscherwechsel erneut und sichtbar vor Augen führte. Die Verschmelzung öffentlicher Gewalt mit staatlicher Gewalt war nun überdeutlich.

Der genauere Blick in die Territorien zeigt fast überall im 16. Jahrhundert die Formierung einer hierarchisierten, mit studierten Juristen besetzten landesherrlichen Gerichtsbarkeit auf der Grundlage des gelehrten Prozessrechts, oftmals nach dem Vorbild der Reichsreform von 1495[90]. Zunächst richteten zahlreiche Landesherren eigene Hofgerichte ein. Es ist darüber diskutiert worden, ob es sich bei solchen landesherrlichen Gerichten um Hofgerichte älteren oder jüngeren Typs handelte, je nachdem, wie eng die persönliche Einbindung des Herrschers in die Rechtsprechung, die Besetzung mit studierten Juristen oder die funktionelle Abgrenzung von anderen Hofbehörden beschaffen war[91]. Das entspricht der auf Reichsebene ebenfalls vorhandenen Doppelung: Das Reichskammergericht war

[88] Zu diesem Thema bereite ich im Rahmen des Münsteraner Exzellenzclusters «Religion und Politik in den Kulturen der Vormoderne und der Moderne» eine Studie vor. Die Bedeutung der Regalien in der frühen Neuzeit war auch Gegenstand der zweiten Trienter Tagung des diesem Tagungsband zugrundliegenden Forschungsprojekts D. WYDUCKEL, *«Jura regalia» und «Jus majestatis» im Alten Reich. Ein Beitrag zu den Entstehungs- und Entwicklungsbedingungen des Öffentlichen Rechts*, in G. DILCHER - D. QUAGLIONI, *Gli inizi del diritto pubblico, 2. Da Federico I a Federico II / Die Anfänge des öffentlichen Rechts, 2. Von Friedrich Barbarossa zu Friedrich II.* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Contributi/Beträge, 21), Bologna - Berlin 2008, S. 363-386.

[89] B. STOLLBERG-RILINGER, *Verfassungsgeschichte als Kulturgeschichte*, in «ZRG/GA», 127, 2010, S. 1-32, hier S. 15-27; DIES., *Des Kaisers alte Kleider*, S. 76, 79-85.

[90] Klassische Darstellungen von A. STÖLZEL, *Die Entwicklung des gelehrten Richtertums in den deutschen Territorien*, 2 Bde, Stuttgart 1872, ND Aalen 1964; J.C. SCHWARTZ, *Vierhundert Jahre deutscher Zivilprozeß-Gesetzgebung. Darstellungen und Studien zur deutschen Rechtsgeschichte*, Berlin 1898, ND Aalen 1986.

[91] C. BLELL, Art. *Hofgericht*, in *HRG*, Bd. 2, 1978, Sp. 206-209; H. LÜCK, Gerichtsverfassung, S. 119-120; P. OESTMANN, Art. *Hofgerichte*, in *HRG*, 2. Aufl., im Erscheinen; DERS., Art. *Hofgerichtsbarkeit*, in W. PARAVICINI (Hrsg.), *Höfe und Residenzen im spätmittelalterlichen Reich. Bilder und Begriffe*, Tbd. 1: *Begriffe* (Residenzenforschung, 15/II-1), Ostfildern 2005, S. 162-166.

ein reines Gericht, losgelöst vom persönlichen Einfluss des Kaisers. Der Reichshofrat dagegen war funktional noch nicht so stark ausdifferenziert und blieb zugleich ein Rechtsprechungs- wie auch Beratungsgremium in unmittelbarer Herrschernähe[92]. Für die hier interessierende Fragestellung ist dieser Unterschied freilich unerheblich. Ausdruck öffentlicher Gewalt waren sowohl Reichskammergericht wie Reichshofrat als auch Hofgerichte älteren und jüngeren Typs, denn sie verbanden die Gerichtsbarkeit augenscheinlich mit den Grenzen eines Territoriums und waren Institutionen zur Durchsetzung herrscherlicher Gewalt. In einem weiteren Schritt zur territorialen Arrondierung der Justiz untersagten die Landesherren sodann Oberhofanfragen an auswärtige Oberhöfe. Aus Mecklenburg und Pommern ist bekannt, wie die Landesherren versuchten, den Rechtszug nach Lübeck abzuschneiden[93]. In mehreren Territorien gelang das im 16. Jahrhundert, in Schleswig-Holstein bereits 1496[94], also nur ein Jahr nach Reformierung des Reichskammergerichts, bei der Stadt Rostock bekanntlich sehr spät erst im 18. Jahrhundert[95]. Eng damit verknüpft war das Verbot, Aktenversendungen an auswärtige Juristenfakultäten vorzunehmen bzw. die Vorgabe, Versendungen nur an Landesuniversitäten vorzunehmen[96]. Man hat solche Regelungen häufig materiellrechtlich gedeutet. Das Partikularrecht war innerhalb der Landesgrenzen besser bekannt als außerhalb und konnte von der landeseigenen Fakultät besser

[92] E. ORTLIEB, *Vom Königlichen/Kaiserlichen Hofrat zum Reichshofrat*, in B. DIESTELKAMP (Hrsg.), *Das Reichskammergericht*, S. 221-289; P. MORAW, Art. *Reichshofrat*, in *HRG*, Bd. 4, 1990, Sp. 630-638, hier Sp. 630-631; B. STOLLBERG-RILINGER, *Die Würde des Gerichts. Spielten symbolische Formen an den höchsten Reichsgerichten eine Rolle?*, in P. OESTMANN (Hrsg.), *Zwischen Formstrenge und Billigkeit. Forschungen zum vormodernen Zivilprozess* (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, 56), Köln - Weimar -Wien 2009, S. 191-216, hier S. 212-213.

[93] W. EBEL, *Lübisches Recht*, S. 47, 49; B. DIESTELKAMP, *Der Oberhof Lübeck und das Reichskammergericht. Rechtszug versus Appellation*, in J. HAUSMANN - T. KRAUSE (Hrsg.), *«Zur Erhaltung guter Ordnung». Beiträge zur Geschichte von Recht und Justiz. Festschrift für Wolfgang Sellert*, Köln - Weimar - Wien 2000, S. 161-182, hier S. 169, 174-175.

[94] B. DIESTELKAMP, *Der Oberhof Lübeck*, S. 166-167.

[95] W. EBEL, *Lübisches Recht*, S. 127: Ende des Oberhofzuges erst 1748.

[96] Aus der zeitgenössischen Literatur J.H.C. VON SELCHOW, *Anfangsgründe des Braunschweig Lüneburgischen Privatrechts*, Göttingen 1760, § 6 S. 4; J.C.H. DREYER, *Einleitung zur Kenntniß der in (...) der Reichsstadt Lübeck (...) ergangenen allgemeinen Verordnungen*, Lübeck 1769, S. 281; weitere Beispiele bei P. OESTMANN, Die Gerichte, in J. RÜCKERT - J. VORTMANN (Hrsg.), *Niedersächsische Juristen. Ein biographisches Lexikon*, Göttingen 2003, S. XL-XLVI, hier S. XLIII-XLV.

berücksichtigt werden[97]. Aber auch im Gerichtsverfassungsrecht zeigt sich die Zäsur. Alle Entscheidungen erfolgten nun innerhalb desselben Territoriums. Der Wunsch nach Territorialisierung der Justiz war begleitet vom Bestreben zahlreicher, auch mittlerer Territorien nach Erlangung von *privilegia de non appellando.*

Die Anrufung der Reichsgerichte gegen ein untergerichtliches Urteil war dadurch ausgeschlossen, zumeist freilich nur für geringe und mittlere Streitwerte (sogenannte «privilegia limitata»). Im Gegenzug zur Loslösung von der Reichsjustiz mussten die Territorialherren sich verpflichten, ein eigenes Oberappellationsgericht aufzubauen[98]. Auf diese Weise gab es in jedem Territorium ein für das gesamte Gebiet zuständiges Obergericht. Wenn man nach Gerichtsbarkeit als Ausdruck öffentlicher Gewalt fragt, war diese öffentliche Gewalt also die Zwangsgewalt des frühneuzeitlichen Territorialstaates, und diese Macht war unbeeinflusst von Nachbarterritorien, Oberhöfen und auswärtigen Juristenfakultäten und nur wenig kontrolliert von den Gerichten des Alten Reiches. Dass es sich hierbei um eine idealtypische Darstellung handelt, sei gleich dazugesagt. In Einzelfällen gab es sowohl Oberhofzüge bis ins 17. Jahrhundert[99], Reste der Femegerichtsbarkeit bis zum Anfang des 19. Jahrhunderts[100] als

[97] Beispiele für Halle und Hannover bei F. FRENSDORFF, *Das Wiedererstehen des deutschen Rechts*, in «ZRG/GA», 29, 1908, S. 1-78, hier S. 44-45; P. OESTMANN, *Rechtsvielfalt vor Gericht. Rechtsanwendung und Partikularrecht im Alten Reich* (Rechtsprechung. Materialien und Studien, 18), Frankfurt a.M. 2002, S. 596; zum Problem auch K. LUIG, *Universales Recht und partikulares Recht in den «Meditationes ad Pandectas» von Augustin Leyser*, in DERS., *Römisches Recht. Naturrecht. Nationales Recht* (Bibliotheca Eruditorum, 22), Goldbach 1998, S. 27-48 hier S. 47 (= S. 109*-130*, hier S. 129*).

[98] Umfassend zu Appellationsprivilegien U. EISENHARDT, *Die kaiserlichen privilegia de non appellando* (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, 7), Köln - Wien 1980; DERS., *Die Rechtswirkungen der in der Goldenen Bulle genannten privilegia de non evocando et appellando*, in «ZRG», Germ. Abt., 86, 1969, S. 75-96.

[99] N. JÖRN, *Lübecker Oberhof, Reichskammergericht, Reichshofrat und Wismarer Tribunal. Forschungsstand und Perspektiven weiterer Arbeit zur letztinstanzlichen Rechtsprechung im südlichen Ostseeraum*, in R. HAMMEL-KIESOW - M. HUNDT (Hrsg.), *Das Gedächtnis der Hansestadt Lübeck. Festschrift für Antjekathrin Graßmann zum 65. Geburtstag*, Lübeck 2005, S. 371-380; DERS., *Die Hanse vor den obersten Reichsgerichten in Spätmittelalter und Früher Neuzeit*, in A. CORDES (Hrsg.), *Hansisches und hansestädtisches Recht* (Hansische Studien, 17), Trier 2008, S. 69-90, hier S. 82.

[100] A.K. HÖMBERG, *Die Veme in ihrer zeitlichen und räumlichen Entwicklung*, in H. AUBIN - F. PETRI (Hrsg.), *Der Raum Westfalen*, Bd. 2: *Untersuchungen zu seiner Geschichte und Kultur*, 1. Tl., Münster 1955, S. 139-170, hier S. 169-170; W. HANISCH, *Anmerkungen zu neueren Ansichten über die Feme*, S. 264.

auch Aktenversendungen an auswärtige Universitäten bis in die Mitte 19. Jahrhundert[101].

Die Verstaatlichung der Justiz hatte freilich ihre Grenzen. Patrimonialgerichtsbarkeit gab es in der gesamten frühen Neuzeit weiterhin. Für Kursachsen ist davon auszugehen, dass 44% des Territoriums zu landsässigen Rittergütern gehörten. Diese hatten zumeist die Niedergerichtsbarkeit und in 20-22% der Fälle das Recht der Obergerichte[102]. In einigen Territorien, etwa im Hochstift Paderborn, durften Patrimonialgerichte sogar die Todesstrafe verhängen[103]. Wie zuvor bereits kurz angedeutet, war die Patrimonialgerichtsbarkeit grundsätzlich mit dem Eigentum am Grund und Boden verbunden. Eine gewisse obrigkeitliche Kontrolle fand statt, weil wie oben erwähnt Justizverweigerungsbeschwerden gegen Patrimonialherren an landesherrlichen Gerichten erhoben werden durften. Die Übertragung der Patrimonialgerichtsbarkeit konnte allerdings teilweise rein privatrechtlich erfolgen. In Mecklenburg unterschied David Mevius[104] in den 1650er Jahren Mietverträge über Grundstücke danach, ob die Gerichtsbarkeit mit vermietet war oder nicht[105]. Der Patrimonialrichter musste also nicht der Eigentümer eines Grundstücks sein. Jeder andere privatrechtliche Herrschaftstitel reichte dafür aus. Neben landsässigen Adligen übten auch Städte und teilweise Dörfer in der frühen Neuzeit weiterhin eigene Gerichtsbarkeit aus. Die Grenze zwischen privat und öffentlich blieb hier unklar. Für Sachsen hat Heiner Lück gezeigt, dass dort vielerorts ganz altertümliche Strukturen herrschten. Selbst Wergelder und andere Unrechtsbußen, die aus dem Frühmittelalter bekannt sind,

[101] H. FITTING, *Ist das von einem verbetenen Spruchcollegium gefällte Erkenntniß für nichtig zu erachten?*, in «Archiv für die civilistische Praxis», 47, 1869, S. 275-287; O. BÜLOW, *Das Ende des Aktenversendungsrechts, eine Gerichtsverfassungsfrage*, in «Archiv für die civilistische Praxis», 65, 1882, S. 1-58; P. OESTMANN, Art. *Aktenversendung*, in *HRG*, Bd. 1, 2008$^2$, Sp. 128-132, hier 131.

[102] U. LUDWIG, *Das Herz der Justitia*, S. 51-52.

[103] F. KEINEMANN, *Das Hochstift Paderborn am Ausgang des 18. Jahrhunderts. Verfassung, Verwaltung, Gerichtsbarkeit, soziale, religiöse und kulturelle Welt*, Tbd. 2.: Verwaltungsstrukturen und Gerichtsbarkeiten, Norden 2009$^2$, S. 68.

[104] 1609-1670, zu ihm N. JÖRN, *David Mevius (1609-1670). Leben und Werk eines pommerschen Juristen von europäischem Rand* (Schriftenreihe der David-Mevius-Gesellschaft, 1), Hamburg 2007; G. KLEINHEYER - J. SCHRÖDER, *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, Heidelberg 2008$^5$, S. 520.

[105] D. MEVIUS, *Der Hertzogthümer Mecklenburg entworffenes Land-Recht*, Tl. 3, Tit. 5 § 2, (Landeshauptarchiv Schwerin 20.337.1.2, fol. 177); leicht unzuverlässige frühneuzeitliche Edition von E.J. VON WESTPHALEN (Hrsg.), *Monumenta inedita rerum germanicarum praecipue cimbricarum et megapolensium*, Tom. 1, Leipzig 1739, Sp. 770-771.

finden sich in den Quellen bis ins 18. Jahrhundert hinein[106]. Hier war es die Zwangsgewalt, die bei einem Sanktionensystem, das noch in der alten konsensualen Rechtsfindung wurzelte, problematisch war. Trotzdem war es keine private Gerichtsbarkeit, die in solchen Dörfern ausgeübt wurde. Aus Oldenburg sind ähnliche Strukturen bekannt. Die Dörfer waren weitgehend autonom und verfügten über eine Dorfgerichtsbarkeit, an der der Bauermeister und die Bauerngeschworenen teilnahmen. Solche Gerichte verhängten Bierstrafen und bereiteten auf diese Weise zugleich gesellige Abende der Landleute vor[107]. Aber ihre Dorfordnungen wurden von landesherrlichen Amtsleuten bestätigt und oft mit Änderungswünschen versehen[108]. Insoweit war auch in diesen ländlichen Strukturen anerkannt, daß die Gerichtsbarkeit eine öffentliche Aufgabe war, selbst wenn sie nicht von landesherrlichen Institutionen wahrgenommen wurde.

Auch Sondergerichtsbarkeiten standen einer vollständigen Territorialisierung der frühneuzeitlichen Justiz entgegen. Eine eigene Militärgerichtsbarkeit ist insoweit kein Problem, weil die Armee unmittelbar dem Herrscher unterstand[109]. Schwieriger sieht es dagegen etwa mit der Universitätsgerichtsbarkeit aus. Universitätsangehörige waren von der ordentlichen landesherrlichen oder städtischen Justiz befreit[110]. Wenn aber hier Angehörige bzw. das Leitungsorgan eines Personenverbandes, nämlich der Gruppe der Universitätsmitglieder, Gerichtsgewalt über die Mitglieder ausübten, geht dies zumindest aus einem rein privaten Rahmen hinaus. Freilich gab es in der Praxis Abgrenzungsschwierigkeiten[111], die

[106] H. LÜCK, *Die kursächsische Gerichtsverfassung*, S. 186, 230: Totschlagssühne durch Vertrag.

[107] Allgemein H. SCHEMPF, Art. *Bußen vertrinken*, in *HRG*, Bd. 1, 2008², Sp. 795-797.

[108] E. SEEBER, *Verfassungen oldenburgischer Bauerschaften. Edition ländlicher Rechtsquellen von 1580-1814* (Osnabrücker Schriften zur Rechtsgeschichte, 14), Göttingen 2008; dazu Besprechung von P. OESTMANN, in «Niedersächsisches Jahrbuch für Landesgeschichte», 81 2009, S. 462-464.

[109] Territoriales Beispiel bei J. NOWOSADTKO, *Militärjustiz im 17. und 18. Jahrhundert am Beispiel des Fürstbistums Münster*, in S. KESPER-BIERMANN - D. KLIPPEL (Hrsg.), *Kriminalität in Mittelalter und Früher Neuzeit. Soziale, rechtliche, philosophische und literarische Aspekte* (Wolfenbütteler Forschungen, 114), Wiesbaden 2007, S. 115-140; älterer Überblick von W. HÜLLE, Art. *Militärstrafverfahren*, in *HRG*, Bd. 3, 1984, Sp. 562-566.

[110] Beispiele aus der Praxis bei K. GOTTSCHALK, *Streit um Frauenbesitz. Die Gerade in den Verlassenschaftsakten des Leipziger Universitätsgerichts im 18. Jahrhundert*, in «ZRG/GA», 114, 1997, S. 182-232.

[111] Fallstudie von S. WIGGERICH, *Der Fall des Johann Theodor von Hüls, Student und Deserteur. Ein Beitrag zum Verhältnis von Universität und Militär in Duisburg unter Friedrich*

aber nichts daran änderten, dass Universitäten eine Sonderform öffentlicher, wenn auch nicht staatlicher Gerichtsbarkeit ausübten. Im übrigen war die Appellation an landesherrliche Gerichte fast immer möglich[112].

## 8. *Vollständige Verstaatlichung im 19. Jahrhundert*

Wenn man auf der Suche nach Gerichtsbarkeit als Ausdruck öffentlicher Gewalt ist, stellt das 19. Jahrhundert sicherlich den Höhepunkt, die reinste Verkörperung dieser Maxime dar. Nur noch staatliche Gerichte sollten die Kompetenz besitzen, Gerichtsbarkeit auszuüben. Während das in England schon in der frühen Neuzeit weitgehend anerkannt war, wurde die kontinentale Entwicklung auch in diesem Punkt von der Französischen Revolution angestoßen[113]. Öffentliche und staatliche Gewalt wurden zu Synonymen, und jede Form privater Gewaltausübung wurde bis auf wenige Rechtfertigungsgründe verboten.

Einige Jahrzehnte später sollte auch in Deutschland die Justiz vollständig verstaatlicht werden. Eher als Fußnote sei vorab bemerkt, dass die landesherrliche Gerichtsbarkeit ihre Anbindung an das Reich 1806 verlor. Fortan war es wirklich originäre staatliche Souveränität, die sich in der Jurisdiktion der Bundesstaaten ausdrückte. Damit änderte sich zwar der Träger der öffentlichen Gewalt, der hinter der Gerichtsbarkeit stand, nicht aber die Intensität der öffentlichen Gewalt. Diese erfuhr vielmehr ihre letzte Steigerung im Zuge der Revolution von 1848. Die von der deutschen Nationalversammlung verabschiedete, dann aber gescheiterte *Paulskirchenverfassung* von 1849 bestimmte lapidar:

«§ 174. Alle Gerichtsbarkeit geht vom Staate aus. Es sollen keine Patrimonialgerichte bestehen. - § 175. Die richterliche Gewalt wird selbständig von den Gerichten geübt. Kabinetts- und Ministerialjustiz ist unstatthaft. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Ausnahmegerichte sollen nicht stattfinden. - § 176. Es soll keinen privilegierten Gerichtsstand der Personen oder Güter geben»[114].

*Wilhelm I.*, in «Annalen des Historischen Vereins für den Niederrhein», 211, 2008, S. 87-101.

[112] P. Woeste, Art. *Universitätsgerichtsbarkeit*, in *HRG*, Bd. 5, 1998, Sp. 506-509, hier Sp. 507.

[113] L. Pahlow, Art. *Patrimonialgerichtsbarkeit*, in *Enzyklopädie der Neuzeit*, Bd. 9, 2009, Sp. 923-924.

[114] *Verfassung des Deutschen Reichs vom 28. März 1849*, bei E.R. Huber (Hrsg.), *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, Bd. 1: *Deutsche Verfassungsurkunden 1803-1850*, Berlin - Köln - Mainz 1978³, S. 394.

Für den hier interessierenden Zusammenhang ist § 174 der Verfassung von 1849 der Kulminationspunkt einer vielhundertjährigen Geschichte. Die Anbindung der Gerichtsbarkeit an die öffentliche Gewalt erhielt hier verfassungsrechtlichen Rang und duldete keinerlei Ausnahmen mehr. Nur noch staatliche Gerichte sollten Gerichtsbarkeit ausüben. Andere Formen institutionalisierter rechtlicher Streitschlichtung waren nach dieser klaren Vorgabe keine Gerichtsbarkeit im verfassungsrechtlichen Sinne mehr.

Die Forderung der *Paulskirchenverfassung* entsprach nicht den tatsächlichen Jurisdiktionsverhältnissen in der Mitte des 19. Jahrhunderts. Die Auflösung zahlreicher Kleinstterritorien in der napoleonischen Zeit hatte die Deutsche Bundesakte 1815 dadurch abgemildert, dass die mediatisierten Grafen- und Ritterfamilien die Patrimonialgerichtsbarkeit ausüben durften, obwohl sie ihre Reichsstandschaft verloren hatten[115]. Insofern besaß die Patrimonialgerichtsbarkeit auch im 19. Jahrhundert noch erhebliche Bedeutung. Die letzten Patrimonialgerichte wurden erst mit Inkrafttreten des Gerichtsverfassungsgesetzes 1879 aufgehoben. Auch wurden Aktenversendungen an Universitäten endgültig erst 1879 verboten. Die Gerichtsbarkeit wurde jetzt, wie es die Paulskirche gefordert hatte und § 1 Gerichtsverfassungsgesetz von 1877/79 bis heute festlegt, «durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfene Gerichte ausgeübt». Damit war die Justiz überschneidungsfrei eine eigene Staatsgewalt geworden und außergerichtliche Selbsthilfe bis auf die wenigen Fälle, in denen der sprichwörtliche Schutzmann um die Ecke nicht greifbar war, verboten. Die nicht-hoheitliche Form der Rechtsdurchsetzung erschien dogmatisch so kurios, dass der Reichsgesetzgeber 1900 die erlaubte Selbsthilfe in § 229 BGB als Rechtfertigungsgrund konstruierte[116].

Das 19. Jahrhundert verknüpfte darüber hinaus die öffentliche Gewalt, die hinter der Gerichtsbarkeit steht, mit der Öffentlichkeit. Mündliche Verhandlungen und Öffentlichkeit als Zuschauer und Prozessbeobachter führten dazu, dass die Gerichtsbarkeit zugleich durch Presse[117] und Bevöl-

[115] *Deutsche Bundesakte 1815*, Art. 14; dazu D. WILLOWEIT, *Verfassungsgeschichte*, S. 253; M. KOTULLA, *Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Alten Reich bis Weimar (1495-1934)*, Berlin, Heidelberg 2008, Rn. 1413-1423.

[116] H.-P. HAFERKAMP, *§§ 226-231. Ausübung der Rechte, Selbstverteidigung, Selbsthilfe*, in M. SCHMOECKEL - J. RÜCKERT - R. ZIMMERMANN (Hrsg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. 1: *Allgemeiner Teil*, Tübingen 2003, Rn. 36.

[117] Beispiele bei S. LOROCH, *Zeitungsrubrik: Gerichtssaal. Strafprozeßberichterstattung in Münster im 19. Jahrhundert (1848-1890)*, (Rechtshistorische Reihe, 398) Frankfurt a.M. 2009.

kerung kontrolliert werden konnte. Das hatte unmittelbaren Einfluss auf die Gerichtsgebäude. So musste etwa das Oberappellationsgericht Lübeck umgebaut und um einen größeren Saal erweitert werden, als die mündliche Verhandlung im Strafprozess eingeführt wurde[118]. Die großen Justizpaläste des 19. Jahrhunderts, die die öffentliche Gewalt der Gerichtsbarkeit wie kaum etwas anderes augenscheinlich machten, entstanden allesamt nach Einführung des Öffentlichkeitsgrundsatzes[119].

## 9. *Reprivatisierung seit dem späten 20. Jahrhundert*

Der über Jahrhunderte erkennbare Trend, Gerichtsbarkeit als Ausdruck öffentlicher Gewalt und als eine der wesentlichen Ausprägungen von Staatsgewalt anzusehen, kam im 20. Jahrhundert zum Erliegen[120]. Durch Diskussionen um Kostensenkung und Effizienz begleitet, machen sich Anzeichen einer Reprivatisierung der Lösung rechtlicher Konflikte bemerkbar. Im Strafrecht ist das wichtigste Kennzeichen der sogenannte «Täter-Opfer-Ausgleich». Im Zivilprozess sind es obligatorische Schlichtungsversuche, die Einschaltung von Schiedsmännern und ähnlichen Personen. Der Zwangscharakter der Gerichtsbarkeit verliert dadurch an Gewicht. Die seit den 1980er Jahren diskutierte Informalisierung des Verfahrens führt dazu, dass die hoheitliche Gewalt der Justiz zunehmend in unklaren, halbprivaten Formen ausgeübt wird[121]. Inwieweit hier noch Staatsgewalt ausgeübt wird, ist fraglich. Das ist freilich eine quantitative Frage.

[118] K. POLGAR, *Das Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands (1820-1879) und seine Richterpersönlichkeiten* (Rechtshistorische Reihe, 330), Frankfurt a.M. 2007, S. 86.

[119] H.-J. BECKER, *Gerichtsverfassung und Architektur. Zur Geschichte der Justizpaläste*, in T.J. CHIUSI - T. GERGEN - H. JUNG (Hrsg.), *Das Recht und seine historischen Grundlagen. Festschrift für Elmar Wadle*, Berlin 2008, S. 11-22; P. LANDAU, *Reichsjustizgesetze und Justizpaläste*, in E. MAI - H. POHL - S. WAETZOLDT (Hrsg.), *Kunstpolitik und Kunstförderung im Kaiserreich* (Kunst, Kultur und Politik im Deutschen Kaiserreich, 2), Berlin 1982, S. 197-223; H. LÜCK, Art. *Gerichtsgebäude*, in *HRG*, Bd. 2, 9. Lfg., 2009², Sp. 150-155 (152-153); sehr nüchtern dagegen E. DÖHRING, *Geschichte der deutschen Rechtspflege*, S. 225: umfangreiche Zweckbauten.

[120] Allgemein zur sinkenden Bedeutung der Staatsgewalt W. REINHARD, *Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart*, München 2002³, S. 509-536.

[121] Zum Strafverfahren K.-D. BUSSMANN, *Die Entdeckung der Informalität. Über Aushandlungen in Strafverfahren und ihre juristische Konstruktion* (Schriften der Vereinigung für Rechtssoziologie, 17), Baden-Baden 1991.

Wirtschaftlich und prinzipiell erheblich bedeutender ist die Verdrängung hoheitlicher Gerichte durch private Schiedsgerichte. Im internationalen Handelsverkehr hat sich die Schiedsgerichtsbarkeit *de facto* zu einem äußerst wichtigen Instrument der Konfliktlösung ausgewachsen[122]. Wie in frühen Epochen der Rechtsgeschichte beruht solche Schiedsgerichtsbarkeit auf Konsens. Die Beteiligten unterwerfen sich im Voraus dem Spruch der Schiedsinstanz, und ohne Konsens der Parteien ist es nicht möglich, ein schiedsgerichtliches Urteil zu vollstrecken. Öffentliche Gewalt wird dort nicht ausgeübt. So ist es im Bereich der Justiz der hoheitliche Zwang, dessen Bedeutung zurückgeht, im Bereich zahlreicher wirtschaftlicher Streitigkeiten ist dagegen gerade die private Schlichtung auf dem Vormarsch. Vielleicht wird man bei zunehmender Verfestigung internationaler Schiedsgerichtsbarkeit und anderer Institutionen sogar erneut zwischen öffentlicher und staatlicher Gerichtsbarkeit unterscheiden können.

## 10. *Ergebnis*

Am Ende dieses Überblicks ist es nicht möglich, eine bis heute dauernde geradlinige Entwicklung aufzuzeigen. Gerichtsbarkeit als Ausdruck öffentlicher Gewalt ist gekennzeichnet durch Zwangsbefugnisse und ein Ausgreifen über die rein private Herrschaft des Gerichtsherrn hinaus. Historisch wird das früh greifbar und gewinnt im Laufe der Jahrhunderte immer größere Bedeutung gegenüber privaten Formen der Konfliktlösung. Gerade die letzten Jahrzehnte haben diesen Trend aber gebrochen und vor allem bei der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zu einer Entstaatlichung und vielleicht auch faktischen Reprivatisierung der Justiz geführt. Deswegen ist es sinnvoll, über die Bedeutung der spezifisch öffentlichen Zwangsgewalt für die Gerichtsbarkeit nachzudenken.

Für die im Zusammenhang dieses Tagungsbandes entscheidenden Übergänge vom Spätmittelalter zur frühen Neuzeit ist als spezifische Erscheinungsform öffentlicher Gewalt folgendes festzuhalten: Die Gerichtsbarkeit an der Wende zur frühen Neuzeit beruht auf dem Verbot privater Selbsthilfe und der Verpflichtung, obrigkeitliche Gerichte zur rechtlichen Konfliktlösung einzusetzen. Die landesherrliche *iurisdictio* blieb abgeleitet vom

[122] H.P. SCHRÖDER, *Die lex mercatoria arbitralis. Strukturelle Transnationalität und transnationale Rechtsstrukturen im Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit* (Beiträge zum internationalen Wirtschaftsrecht 7), München 2007, S. 55: «private Gerichtsbarkeit»; K. LIONNET - A. LIONNET, *Handbuch der nationalen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Stuttgart 2005³, S. 50: «echte Jurisdiktion».

Reich und unterlag einer gewissen Aufsicht in Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsfällen. Die Patrimonialgerichtsbarkeit unterstand ganz ähnlicher Kontrolle innerhalb der Territorien und war daher kein reines Privatrecht. Die letzten Rechte eigenmächtig-privater Rechtsdurchsetzung waren im Alten Reich seit 1495 förmlich verboten. Auch diejenigen Institutionen, deren Anbindung an einen Gerichtsherrn zweifelhaft war, etwa die Spruchkörper von Juristenfakultäten in Aktenversendungsfällen, waren in die hoheitliche Gerichtsbarkeit integriert, weil ihre Entscheidungen von obrigkeitlich legitimierten Gerichten förmlich verkündet werden mussten. Es ist also nicht die Existenz der öffentlichen Gewalt, sondern der Umfang der öffentlichen Gewalt, der die Gerichtsgewalt beim Übergang zur Neuzeit auszeichnet. Landesgrenzen und Jurisdiktionsbezirke stimmten nun immer häufiger überein. Erst dem 19. Jahrhundert blieb es aber vorbehalten, mit dem Verbot von Patrimonialgerichtsbarkeit und Aktenversendungen alle Formen nichtstaatlicher Rechtspflege zu beseitigen. Doch die Gegenwart gebietet Wachsamkeit: Die öffentliche Gewalt als Träger der Gerichtsbarkeit befindet sich nach einer mehrhundertjährigen Erfolgsgeschichte wieder auf dem Rückzug.

*Résumé*

La giurisdizione come espressione del potere pubblico – uno schizzo

Questo contributo esamina il rapporto tra giurisdizione secolare e potere pubblico. Al centro dell'indagine non è tanto il dibattito dottrinale, quanto piuttosto la prassi giuridica. Fra i tratti distintivi della potestà pubblica rispetto ad altre forme di potere sono da rimarcare, secondo Max Weber, la possibilità d'impiego di mezzi di coercizione e un sostrato comunitario che vada al di là della casa e della famiglia. Anzitutto bisogna individuare nel panorama storico-giuridico le prime forme di potestà suprema in campo giudiziario. Si rinvengono figure interessanti sotto questo profilo già in età prestatale, al più tardi con la nascita del regno franco. Già nel primo medioevo il potere del giudice era andato via via affermandosi e crescendo d'importanza, a partire da una fase in cui era possibile portare ad esecuzione una sentenza solo previa promessa di adempimento delle parti, passando per una fase successiva in cui fu stabilito l'obbligo per le parti di rilasciare una promessa di esecuzione della sentenza, fino a quando fu riconosciuto al giudice un potere autonomo di giudicare.

L'alto medioevo presenta vari tentativi di autorità pubbliche di limitare con la previsione di procedure di pacificazione la composizione privata dei conflitti nelle forme della vendetta e della faida, fino ad allora ammesse senza difficoltà. La *Pace di Magonza* del 1235 consentì il ricorso alla faida esclusivamente nel caso in cui fosse stata previamente tentata la via di una soluzione giudiziale della lite. Questo percorso si completò con la *Pace perpetua* del 1495, uno dei complessi normativi più importanti in assoluto del Sacro Romano Impero. Il ricorso alla faida fu da allora definitivamente vietato e fu creata al suo posto un'organizzazione giudiziaria che rendeva possibile l'affermazione delle pretese giudiziali dei singoli grazie all'attività di ufficiali pubblici. Nell'impero questa funzione fu assunta dalla Corte camerale imperiale, riformata proprio nel 1495, ma anche a livello degli Stati territoriali furono istituiti vari tribunali, che seguivano di norma il modello della giurisdizione imperiale. Questo processo di territorializzazione della giustizia proseguì in seguito con l'eliminazione dei tribunali di seconda istanza che non erano soggetti al signore territoriale e l'abolizione della prassi di chiedere consulti a facoltà giuridiche esterne allo stato. I signori territoriali della prima modernità, in particolare, derivavano la loro giurisdizione da quella imperiale. La loro investitura imperiale con il conferimento dei diritti regali rappresentava in questo senso l'argomento autoritativo fondamentale. Nonostante la concessione di numerosi privilegi, la giurisdizione territoriale non era

quindi del tutto indipendente dall'Impero. In fatto di amministrazione della giustizia restava un potere (sia pur debole) di vigilanza dell'Impero sui territori, così come dei territori sulle corti signorili operanti entro i loro confini. Questa situazione si rispecchiava nel diritto ad avere giustizia di ogni suddito e nel corrispettivo dovere di assicurare la giustizia in capo al titolare della sovranità. Ogni organismo giudiziario che avesse contravvenuto a questa regola fondamentale poteva essere privato della propria giurisdizione e addirittura incriminato per giustizia denegata o ingiustamente protratta, mentre il procedimento in questione sarebbe stato deciso dal giudice gerarchicamente sovraordinato (istituto dell'avocazione).

Non sarebbe corretto affermare dunque che il transito dal medioevo alla prima età moderna abbia segnato l'inizio di una giurisdizione pubblica, anche se proprio in questa fase si determinò un decisivo intreccio fra affermazione dello Stato e costituzione di un ordinamento giudiziario. Fu allora che si stabilì la competenza giurisdizionale di ogni tribunale supremo su base territoriale e che la giustizia privata fu davvero abolita. Solo nel XIX secolo si realizzò comunque la completa statalizzazione dell'amministrazione della giustizia, con la soppressione delle giurisdizioni signorili e il divieto per i tribunali di inviare gli atti processuali a facoltà di diritto per averne la consulenza, secondo una prassi in vigore in Germania fino al 1879. La crisi della sovranità statale avviatasi nella seconda metà del XX secolo ha portato negli ultimi decenni alla nascita di nuove forme di giurisdizione privata, semipubblica e informale, che sono venute sovrapponendosi all'odierna giurisdizione ordinaria. L'idea di un potere pubblico titolare esclusivo della giurisdizione, dopo una storia plurisecolare di successi, è ora di nuovo in ritirata.

*Traduzione di Lucia Bianchin*



# II.

# Verso nuovi ordinamenti / Auf dem Wege zu neuen Ordnungen



# 1.

## *Mutamenti fondamentali nella teoria e nella prassi / Wandlungen der Grundlagen in Theorie und Praxis*

# «Princeps imago Dei»?

## Il problema della sovranità nell'orizzonte della secolarizzazione

di *Pietro Costa*

### 1. *Cenni introduttivi*

*Princeps imago Dei.* Per molti secoli questa antica formula si è imposta come una convincente rappresentazione della regalità, come un'icastica espressione dell'alone sacrale che l'avvolgeva. La modernità al contrario sembra rendere improponibile un'immagine religiosamente connotata della sovranità, tanto da indurre a vedere nell'eclissi del sacro uno scontato elemento di discrimine fra medioevo ed età moderna.

Credo che possa essere interessante riflettere su questo luogo comune. Certo, occorre essere consapevoli di procedere in un campo minato, dovendo fare i conti con una categoria che nell'Ottocento e nel Novecento è stata assunta, soprattutto dalla cultura tedesca, come la chiave di comprensione della modernità: la categoria della secolarizzazione. Da Hegel a Weber, a Schmitt, a Blumenberg, a Vögelin, a Böckenförde, si sono moltiplicate riflessioni e controversie di grande spessore intellettuale, animate dalla convinzione che nella partita della secolarizzazione fosse in gioco l'auto-comprensione dell'Occidente.

Non potrò comunque addentrarmi in questo complicato paesaggio intellettuale[1] e dovrò perseguire un obiettivo assai più determinato e circoscritto: prendere in considerazione alcuni punti di contatto fra secolarizzazione e teoria della sovranità e riflettere, in questa prospettiva, sul tema dell'oblio o della persistenza del sacro nella rappresentazione moderna dell'ordine giuspolitico.

[1] Cfr. H. Lübbe, *La secolarizzazione: storia e analisi di un concetto* (1965), Bologna 1970; O. Tschannen, *Les théories de la sécularisation*, Genève 1992; G. Marramao, *Cielo e terra. Genealogia della secolarizzazione*, Roma - Bari 1994; J.-Cl. Monod, *La querelle de la sécularisation. Théologie politique et philosophies de l'histoire de Hegel à Blumenberg*, Paris 2002; G.E. Rusconi (ed), *Lo Stato secolarizzato nell'età post-secolare* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Quaderni, 73), Bologna 2008. Un acuto commento a Blumenberg è offerto da A. Rivera García, *La secularización después de Blumenberg*, in «Res publica», 6, 2003, 11-12, pp. 95-142. Cfr. anche Ch. Taylor, *L'età secolare*, Milano 2009.

## 2. *Il «teorema della secolarizzazione»: la teologia politica di Schmitt*

Chiunque voglia riflettere sul rapporto fra secolarizzazione e sovranità non può non muovere da un testo seminale: il saggio, pubblicato da Carl Schmitt nel 1922, che già nel titolo[2] sancisce un nesso stringente fra «teologia politica» e «sovranità». Se l'*incipit* del libro è costituito dalla celebre definizione di sovranità («sovrano è chi decide sullo stato d'eccezione»[3]), il cuore dell'argomentazione è situato nel terzo capitolo, dedicato al tema della secolarizzazione e contrassegnato dall'espressione che dà il titolo all'intero saggio: «teologia politica». La teologia politica è per Schmitt lo spazio tematico compreso nel perimetro segnato da «sovranità» e «secolarizzazione»[4].

Che cosa intende Schmitt per «secolarizzazione»? E in che modo la sua idea di secolarizzazione incide sulla comprensione storico-teorica della sovranità?

[2] C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Berlin 2004[8] (trad. it. *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in C. SCHMITT, *Le categorie del «politico»*, Bologna 1972, pp. 27-86).

[3] C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., p. 33.

[4] Sulla teologia politica in Schmitt, cfr. I. STAFF, *Zum Begriff der politischen Theologie bei Carl Schmitt*, in L. LOMBARDI - G. DILCHER (edd), *Cristianesimo e diritto moderno*, Milano 1981, I, pp. 701-729; E. CASTRUCCI, *Teologia politica e dottrina dello Stato. Note sull'attualità del decisionismo giuridico*, ivi, pp. 731-54; J.M. BENEYTO, *Politische Theologie als politische Theorie. Eine Untersuchung zur Rechts- und Staatslehre Carl Schmitts und zu ihrer Wirkungsgeschichte in Spanien*, Berlin 1983; E. CASTRUCCI, *La forma e la decisione*, Milano 1985; M. NICOLETTI, *Trascendenza e potere. La teologia politica di Carl Schmitt*, Brescia 1990; H. MEIER, *Die Lehre Carls Schmitts. Vier Kapitel zur Unterscheidung politischer Theologie und politischer Philosophie*, Stuttgart - Weimar 1994; C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero moderno*, Bologna 1996; G. PRETEROSSI, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Roma - Bari 1996, pp. 183 ss.; L. CIMMINO, *La «teologia politica» di Carl Schmitt e il problema della normatività*, in «Filosofia politica», 17, 2003, 1, pp. 85-105; S. FRANCHINI, *Teologia politica della sovranità. Contributo alla sociologia del potere*, in G. FILORAMO (ed), *Teologie politiche. Modelli a confronto*, Brescia 2005, pp. 339-333; C. GALLI, *Lo sguardo di Giano. Saggi su Carl Schmitt*, Bologna 2008, pp. 51-81. Sulla teologia politica, in termini generali, cfr. L. SARTORI - M. NICOLETTI (edd), *Teologia politica*, Bologna 1991; G. FILORAMO, *Che cos'è la religione. Temi, metodi, problemi*, Torino 2004, pp. 322 ss.; G. FILORAMO, *La sacralizzazione della politica tra teologia politica e religione civile*, in G. PAGANINI e E. TORTAROLO (edd), *Pluralismo e religione civile*, Milano 2004, pp. 202-212; S. FORTI, *Totalitarismo e religioni politiche*, in G. PAGANINI - E. TORTAROLO (edd), *Pluralismo e religione civile*, Milano 2004, pp. 213-229; G. FILORAMO, *Che cos'è la religione. Temi, metodi, problemi*, Torino 2004, pp. 322 ss.; G. FILORAMO (ed), *Teologie politiche. Modelli a confronto*, cit.; M. SCATTOLA, *Teologia politica*, Bologna 2007.

Non è una mera circostanza occasionale il fatto che il saggio di Schmitt sia stata pubblicato originariamente in una raccolta di studi in onore di Max Weber[5]. Il debito di Schmitt nei confronti di Weber non è solo di carattere metodologico (non si limita cioè all'intenzione, dichiarata da Schmitt, di volersi dedicare a una «sociologia» dei concetti giuspolitici), ma riguarda anche aspetti non trascurabili dell'idea di modernità.

Sembra accolta da Schmitt l'idea weberiana di una progressiva *Entzauberung*, di una crescente riduzione del magico nel millenario transito dal mondo antico alla modernità. Questo processo è stato innescato dalle grandi religioni monoteiste, dal profetismo ebraico, prima, e poi dal cristianesimo, soprattutto nelle sue versioni luterana e calvinista. La scienza moderna interviene dando un ulteriore, e determinante, apporto a quella razionalizzazione del mondo che per Weber costituisce una caratteristica precipua dell'Occidente. Diviene caratteristica della modernità la convinzione di disporre di un potere pressoché totale di previsione e di controllo sull'esperienza, mentre scompare il senso di dipendenza da potenze misteriose e imperscrutabili.

La modernità occidentale si sviluppa all'insegna di una crescente razionalizzazione e questa a sua volta appare connessa con il fenomeno della secolarizzazione. La famosa tesi sostenuta da Weber nella sua celebre analisi dell'etica protestante[6] sembra fornirne un esempio emblematico: l'ascesi calvinista, in quanto ascesi intramondana, investe l'attività profana di aspettative soteriologiche; e queste aspettative restano vive e vitali nella moderna società capitalistica caratterizzandone l'ethos anche dopo l'affievolimento dei contenuti religiosi propri del calvinismo originario.

In realtà, il rapporto, in Weber, fra disincanto e secolarizzazione è meno lineare di quanto questi cenni potrebbero far credere[7]. È però a mio avviso plausibile ritrovare nella teologia politica schmittiana entrambi i motivi tematici, pur dotati di un diverso risalto. Sullo sfondo, resta ferma l'immagine di una modernità razionalizzata e disincantata. Al centro della scena si pone però un'idea di secolarizzazione, già presente in Weber, ma formulata da Schmitt con particolare incisività: la secolarizzazione come trasferimento di un contenuto, originariamente religioso e teologico, a un

[5] Cfr. M. Nicoletti, *Trascendenza e potere*, cit., p. 182.

[6] M. Weber, *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus* (1904-1905), in M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, I, Tübingen 1920, pp. 17-206 (trad. it. *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Firenze 1945).

[7] Cfr. J.-Cl. Monod, *La querelle de la sécularisation*, cit., pp. 115 ss.

ambito profano. La divinità entra in un cono d'ombra, ma i suoi attributi restano intatti e vengono impiegati per connotare, a insaputa degli attori coinvolti nel processo, realtà profane.

Prende forma quello che Blumenberg ha chiamato il teorema della secolarizzazione: la secolarizzazione come un trasferimento, come un processo che riferisce a B le caratteristiche di A, con la conseguenza che sembra lecito affermare che B non è niente altro che A, è riducibile ad esso, ne è un 'riflesso' solo apparentemente autosufficiente. È questa la tesi che, nella sua celebre opera, Blumenberg attacca come responsabile della presunta «illegittimità» dell'età moderna[8]. Applicata ai concetti politici, l'idea della secolarizzazione-trasposizione trova nell'incipit del quarto capitolo della *Teologia politica* una efficace formulazione: «tutti i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati»[9].

In realtà, il trasferimento di (antecedenti) determinazioni teologiche a (successive) entità profane è solo una delle componenti che caratterizzano per Schmitt il processo di secolarizzazione. La teologia politica non può esaurirsi nell'analisi di quel processo. Essa si traduce, sì, come scrive Schmitt, in una sociologia dei concetti politici (e con questa non perspicua espressione Schmitt intende non già un'analisi della «genesi sociale» dei concetti, bensì la ricostruzione del loro intrinseco sviluppo), ma non ha una valenza meramente storico-ricostruttiva (o antiquaria, come avrebbe detto Nietzsche), bensì contribuisce alla comprensione intrinseca dei concetti giuspolitici mostrando le analogie che sussistono, per ciascuno di essi, fra il dissimulato, ma determinante, substrato teologico e la loro interna strutturazione.

Che cosa significhi però analogia e quali siano le condizioni che rendano possibile l'accostamento dei due termini non è evidente. Il chiarimento più esplicito sembra essere affidato a questo assunto: che ogni epoca trova nella metafisica (e nella teologia) il suo specchio più fedele, il tramite più efficace della sua autocomprensione, tanto che altre forme discorsive (e tra queste il sapere giuridico) tendono a strutturarsi secondo le medesime modalità. Potremmo parlare forse, più che di analogia, di un'omologia strutturale fra discorsi o saperi diversi riconducibili a una medesima cultura, a un medesimo *Zeitgeist*.

[8] H. BLUMENBERG, *Die Legitimität der Neuzeit*, Frankfurt a.M. 1984 (trad. it. *La legittimità dell'età moderna*, Genova 1992).

[9] C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., p. 62.

Entro il programma euristico che Schmitt affida alla teologia politica la secolarizzazione svolge dunque una doppia funzione: per un verso, allude alla trasposizione di un contenuto originariamente sacrale a un ambito di realtà che lo accoglie, ma al contempo ne occulta la genesi e ne cancella la radice; per un altro verso, fa sì che i concetti politici moderni, e fra questi la sovranità, assumano la loro forma propria, apparentemente autonoma, ma in realtà analoga od omologa alla metafisica e alla teologia dominanti nella modernità.

Se la secolarizzazione-trasferimento si sviluppa essenzialmente sull'asse della diacronia, la secolarizzazione-omologia si manifesta nella dimensione della sincronia; ed è comunque dall'intreccio delle due componenti che dovrebbero emergere i tratti propri della sovranità moderna.

## 3. *La fondazione della sovranità nella teologia politica schmittiana*

È al transito fra medioevo e prima modernità che Schmitt riferisce il suo schema della secolarizzazione-trasposizione; ed è a Bodin e soprattutto a Hobbes che Schmitt guarda per cogliere *in statu nascenti* il nesso fra secolarizzazione e sovranità.

Nella *Teologia politica* del 1922 Schmitt assegna a Bodin il merito di introdurre una nuova visione della sovranità. Bodin infatti sottolinea un tema per Schmitt fondamentale: la sovranità come una suprema capacità decisionale, un potere capace di intervenire, libero da vincoli precostituiti, per far fronte a una contingenza imprevedibile («selon l'exigence des cas, des temps et des personnes»). Il nesso fra il caso d'eccezione e la decisione suprema emerge secondo Schmitt già nei *Six livres de la république* presentandosi come il segno inequivocabile della sovranità moderna.

In realtà, lo stesso Schmitt tenderà a ridimensionare le innovazioni bodiniane per concentrarsi piuttosto sul pensiero di Hobbes: è Hobbes, assai più di Bodin, il punto di rottura della tradizione e l'atto di fondazione della modernità politica. Schmitt infatti, se poteva tentare di fare di Bodin un proto-decisionista, non poteva trascurare la persistenza di un elemento che tratteneva il giurista francese a metà del guado fra medioevo e modernità: la concezione dell'ordine; l'idea (caratteristicamente medievale) dell'ordine politico-sociale complessivo come di un assetto già dato, di una naturale, immutabile gerarchia di enti e comunità unificata e vivificata, ma non creata e determinata, dal sovrano.

Per Hobbes, invece, prima del sovrano nessun ordine è possibile. Dalle guerre di religione (dalle guerre civili europee, come le chiamerà lo schmittiano Koselleck) Hobbes trae le conseguenze più radicali. Crolla l'immagine tradizionale di un ordine iscritto nella stessa natura sociale degli esseri umani. Capaci di un ordine siffatto sono soltanto gli animali sociali (le api, le formiche), ma non l'uomo, sospinto dal primato del bisogno e dall'uso 'strumentale' della ragione verso un'inesauribile e distruttiva conflittualità.

Le guerre di religione travolgono l'antica fiducia in una verità 'cattolica' e in un ordine già dato: l'ordine è inventato, artificiale, creato da un sovrano che blocca il conflitto dei soggetti, dei gruppi, delle verità contrapposte esercitando il proprio irresistibile potere. Nel vuoto di un ordine preesistente e di una verità condivisa l'unica punto di riferimento è il sovrano: un sovrano che si assume il compito, inedito e smisurato, di creare dal nulla un mondo ordinato definendo i criteri del giusto e dell'ingiusto, riconducendo la *veritas* all'ombra della propria assoluta *potestas*.

Nasce, creato dal sovrano, l'ordine, mentre il disordine originario (la condizione naturale dell'umanità) viene dislocato *extra moenia*: dis-ordinati e conflittuali restano i rapporti fra sovrani (lo stato di natura è per essi ancora esistente), mentre all'interno della società civile vige l'ordine e la pace. Questa pace però non ha niente di automatico e spontaneo: si regge sul vigile intervento del sovrano, sulla sua capacità di fronteggiare l'imprevedibile neutralizzando attivamente le possibili resistenze. Il nemico è ormai essenzialmente esterno, mentre all'interno non si dà opposizione se non nella forma di una criminale trasgressione dell'ordine. È il sovrano che realizza l'ordine esautorando i poteri indiretti e superando la distinzione gelasiana fra spirituale e temporale per rendere possibile un'unità politica di cui egli è l'unico artefice e garante.

Se questa è in sintesi, per Schmitt, l'immagine hobbesiana della sovranità, occorre chiedersi in che modo essa venga a incrociarsi con il «teorema della secolarizzazione».

Se tutti i concetti giuspolitici sono concetti teologici secolarizzati, se l'idea hobbesiana di sovranità è alla radice della sovranità moderna, occorre individuare gli enunciati teologici ad essa soggiacenti; quegli enunciati coerenti con il merito maggiore della teoria hobbesiana: la sua inclinazione a 'personalizzare' la sovranità, a collegarla alla concreta, effettiva, insindacabile decisione di fronte all'eccezione.

L'immagine teologica che possa essere genealogicamente collegata con la visione hobbesiana della sovranità sembrerebbe dover coincidere con

l'idea (ockhamiana o scotiana) della *potestas Dei absoluta*[10], che esaspera l'assolutezza della volontà e della libertà creatrice di Dio, la sua infinita distanza dal creato. È però singolare che in realtà questa traccia resti marginale in Schmitt, che preferisce guardare a un medioevo compattamente tomistico per opporre a esso la radicale discontinuità del moderno[11]. Il punto di riferimento più esplicito diviene allora il calvinismo (assumibile, da questo punto di vista, come un erede moderno dell'occamismo), cui Schmitt accenna rapidamente[12] dando per acquisito il nesso fra il «concetto calvinistico di Dio» e la visione hobbesiana della sovranità. Sembra però mancare in Schmitt un preciso sforzo ricostruttivo: il rapporto di analogia fra la rappresentazione teologica della *potestas absoluta* e la costruzione proto-moderna (hobbesiana) della sovranità sembra enunciato, piuttosto che dimostrato; affidato a una sua intrinseca suggestività e persuasività, piuttosto che argomentato rintracciando precisi itinerari testuali.

In realtà, il compito genealogico-ricostruttivo attribuito da Schmitt alla teologia politica appare secondario rispetto alle finalità concettuali-sistematiche apertamente perseguite. Il *trait d'union* fra questi due momenti è forse proprio l'impiego ermeneutico della categoria della secolarizzazione (suggerito da Gadamer e discusso da Blumenberg[13]); in questa prospettiva la teologia politica si proporrebbe di capire il moderno meglio di quanto esso riesca a fare *iuxta propria principia*: tentando di coglierne il senso nascosto, di mostrare «che il presente significa molto di più di quanto sappia di se stesso»[14]. In quanto categoria ermeneutica, il concetto di secolarizzazione servirebbe a esplicitare il non detto, il contenuto dimenticato od occultato, ma determinante, dei concetti giuspolitici moderni.

In effetti, nel sottolineare la valenza ermeneutica del concetto di secolarizzazione (in Schmitt come in Strauss o in Löwith) Gadamer ha colto nel segno, fatta salva la necessità di tener presente che gli esiti delle operazioni interpretative volta a volta compiute sono nettamente diversi.

[10] Cfr. E. Randi, *Il sovrano e l'orologiaio. Due immagini di Dio nel dibattito sulla «potentia absoluta» fra XIII e XIV secolo*, Firenze 1986, p. 58.

[11] C. Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 430.

[12] C. Schmitt, *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico* (1938), in C. Schmitt, *Scritti su Thomas Hobbes*, a cura di C. Galli, Milano 1986, p. 84.

[13] H. Blumenberg, *La legittimità dell'età moderna*, cit., pp. 23-24.

[14] H.-G. Gadamer in «Philosophische Rundschau», 15, 1968, pp. 201-202 (citato in H. Blumenberg, *La legittimità*, cit., p. 23).

Se in Strauss ciò che la modernità crede (ingannandosi) di potersi lasciare alle spalle è l'esigenza di un ordine oggettivo e di un punto di riferimento trascendente, in Schmitt (al di là di alcune fuorvianti scelte lessicali) l'ordine 'antico', e con esso ogni fondamento sostantivo dell'ordine, appare ormai travolto e irrecuperabile[15]. Ciò che dal discorso teologico passa al discorso giuspolitico non è il monito o il ricordo di un ordine oggettivo e fondante, ma è l'immagine di una potenza decidente. Ordine dato e potenza assoluta stanno anzi in un rapporto disgiuntivo: proprio perché l'ordine sostantivo è perduto per sempre, solo una potenza assolutamente ordinante può fronteggiare il disordine e la dissoluzione. Il non detto che la teologia politica deve, al contempo, ricuperare genealogicamente e tematizzare concettualmente è l'immagine di un'istanza potestativa, libera da vincoli, capace di decisione, efficace nel creare dal nulla un ordine altrimenti impossibile (e peraltro continuamente minacciato dall'emergenza dell'eccezione).

Il risultato dell'operazione schmittiana non è dunque una ri-teologizzazione o una sacralizzazione di ritorno del politico, rimanendo ferma la *Entzauberung* giunta a compimento con la modernità. Il sottofondo teologico della sovranità (il risultato della traslazione della *potestas* assoluta dal Dio ockhamiano-calvinista al sovrano hobbesiano) è la dimensione potestativa-personale-decidente-ordinante della sovranità stessa. È questo substrato di senso, al contempo occultato e insuperabile, che pervade e qualifica la modernità giuspolitica a partire da Hobbes: che quindi, nei confronti di essa, assume il valore di un vero e proprio punto di origine.

Modellata o ispirata da una (ancorché implicita) teologia della *potestas absoluta*, la sovranità hobbesiana si alimenta di un'energia che travalica i limiti della 'pura' ragione e si iscrive nell'orizzonte del mito; e curiosamente Schmitt, lapidario e meramente assertivo quando è in questione il nesso genealogico fra teologia e sovranità, si diffonde in analisi che vogliono essere precise e puntuali quando si tratta di mostrare lo spessore mitico del grande Leviatano[16].

Nel testo del '38, il rapporto fra teologumeni e mitologemi, fra il 'residuo' teologico e l'immagine mitica del sovrano, non sembra messo a fuoco. Soltanto un trentennio dopo, quando Schmitt ripenserà (e ribadirà) il programma teologico-politico del '22 scrivendo la sua *Teologia poli-*

[15] Faccio mia la magistrale interpretazione di Schmitt offerta da C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit.

[16] C. SCHMITT, *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes*, cit., pp. 66-82.

*tica II*[17], questo problema verrà in qualche misura sfiorato. Gliene offre il destro il confronto con Topitsch[18], di cui Schmitt respinge l'approccio neopositivistico, ma di cui apprezza il tentativo di mettere a punto categorie capaci di decifrare e ordinare la fluida fenomenologia dell'immaginario politico-religioso. Non è però il mito il concetto cui Schmitt fa riferimento, bensì la metafora: il tentativo di Topitsch è quello di introdurre una «morfologia della metaforizzazione», una classificazione delle sue diverse modalità di realizzazione. Occorre però tener conto dei continui scambi e intrecci di schemi di metaforizzazione diversi, come proprio il Leviatano di Hobbes sta a dimostrare: un Leviatano che è al contempo dio, animale, macchina e essere umano.

«Proiezioni ingenue, fantasie numinose, che riflettono l'ignoto su qualcosa di noto, analogie dell'essere e dell'apparire, sovrastrutture ideologiche su di una infrastruttura si incontrano tutte nell'ambito sterminato e polimorfo della teologia politica o anche della metafisica»[19].

Miti, metafore, analogie; tutto questo ridondante ed eterogeneo materiale viene assunto come campo di indagine di una teologia politica il cui scopo ultimo continua ad essere quello enunciato nel '22: cogliere il substrato in cui affondano le radici i concetti giuspolitici. Per diverse che siano le espressioni di questo substrato – il mito del grande animale marino oppure il teologumeno della *potestas absoluta* – in ogni caso si impone il compito di decifrarle in rapporto a quell'istanza sovrana dalla cui effettiva capacità decisionale dipende la possibilità dell'ordine.

Hobbes ha agganciato l'ordine alla potenza costruttiva del sovrano e, attraverso il mito del Leviatano, ha intuito qualcosa del substrato metarazionale su cui riposa la decisione politica. Egli ha iniziato un percorso che poteva essere fecondo, se non si fosse trasformato rapidamente in un sentiero interrotto. Hobbes infatti, per Schmitt, non è solo l'evocatore della potenza leviatanica: è anche il teorico di uno Stato che può essere presentato come «il primo moderno meccanismo in grande stile», premessa essenziale, anzi prima espressione, «della nuova epoca della tecnica». Il momento personalistico della sovranità vede compromesso

[17] C. SCHMITT, *Politische Theologie 2. Die Legende von der Erledigung jeder politischen Theologie* (1970), Berlin 1984[2].

[18] E. TOPITSCH, *Kosmos und Herrschaft. Ursprünge der politischen Theologie*, in «Wort und Wahrheit», 10, 1955, 1, pp. 19-30.

[19] C. SCHMITT, *Teologia politica 2. La leggenda della liquidazione di ogni teologia politica*, a cura di A. CARACCIOLO, Milano 1992, p. 33.

il suo ruolo demiurgico divenendo «una semplice componente di una macchina artificialmente costruita da uomini»[20].

Per Schmitt Hobbes è (per così dire) due volte un punto di origine: con la mano destra egli sottolinea il carattere artificiale dell'ordine e la sua dipendenza dal sovrano, ma con la mano sinistra disegna i profili di uno Stato-macchina (*machina machinarum*), promuove un'impostazione meccanicistica che apre la strada alle «neutralizzazioni passive» del razionalismo e del liberalismo. Sono poste le premesse per il culto della legge, per il positivismo giuridico, per il principio di legalità, per la pretesa neutralità della forma giuridica. È attraverso il varco originariamente aperto da Hobbes che un vasto «fronte ebraico» (da Spinoza a Mendelssohn, a Stahl) «si infiltra dentro lo Stato prussiano e dentro la Chiesa evangelica» e contribuisce a «castrare un vigoroso Leviatano»[21]. La deriva razionalistica e individualistica (che l'antiebraismo cattolico di Schmitt, occasionalmente rafforzato dall'antisemitismo di regime, non esita a collegare all'aggressiva «doppiezza» degli israeliti) è una componente del moderno che si annuncia nello stesso momento (nello stesso autore) in cui prende forma, sul vuoto di qualsiasi fondamento condiviso, la forza ordinante della *potestas* leviatanica.

La teologia politica è in grado di cogliere, nelle pieghe del moderno, le analogie che continuano a sussistere (dissimulate o riconosciute) fra gli assunti metafisici e le ideologie politiche: il progressivo oblio del ruolo decisivo e unificante del sovrano corrisponde al crescente abbandono dell'immagine di un Dio trascendente e onnipotente, così come l'idealizzazione dello Stato di diritto, il miraggio di un funzionamento 'automatico' dell'ordinamento giuridico, è l'espressione politico-giuridica di un'immagine deistica e infine panteistica di una natura governata da leggi impersonali.

Il compito genealogico è però soltanto uno degli obiettivi perseguiti dalla teologia politica schmittiana e non il principale fra questi. Se il suo scopo fosse essenzialmente storico-genealogico, essa si esaurirebbe nell'indagare i nessi fra il teologico e il politico senza poter trarre dall'analisi alcun suggerimento spendibile nell'elaborazione e nella valutazione dei concetti giuspolitici moderni. Esplicitare il substrato teologico-metafisico delle dottrine giuspolitiche serve invece a coglierne l'effettiva direzione di senso. Collegare ad esempio il normativismo positivistico con il panteismo

[20] C. SCHMITT, *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes*, cit., p. 86.

[21] *Ibidem*, pp. 118-19.

permette di mettere in evidenza l'assioma costitutivo (e l'illusione fatale) di quell'ideologia giuridica: l'idea di un sistema che si regge su se stesso, funziona da solo e non ammette scarti ed eccezioni.

Esplicitare la metafisica implicita delle diverse ideologie politiche significa sottolineare la loro radicale inconciliabilità e quindi la necessità ultimativa del conflitto. Da questo punto di vista, il quarto capitolo della *Teologia politica* del '22, dedicato ai controrivoluzionari e centrato sul pensiero di Donoso Cortés, imprime al saggio la sua conclusiva direzione di senso. Il retroterra metafisico del liberalismo e del decisionismo rende 'mortale' la loro contrapposizione, conferisce ad essa una radicale 'serietà'. È estraneo a Schmitt un atteggiamento di distaccata comprensione delle logiche della modernità: la ricostruzione genealogica è parte di un'argomentazione che muove da una previa assunzione di verità e ad essa torna rafforzandone la tenuta e ampliandone la profondità di campo.

La teologia politica non teologizza la sovranità. È al contrario la sovranità che nel giocare la sua partita contro la 'cattiva' modernità (il normativismo, le neutralizzazioni passive) trova nel suo implicito (e occultato) retroterra teologico una riserva di senso cui attingere.

Hobbes continua a insegnare, sullo sfondo: «non jam frustra doces»[22]. Provengono da Hobbes temi per Schmitt decisivi: la drammatizzazione del conflitto; la rinuncia a un fondamento oggettivo, ontologico, del potere; la valorizzazione della decisione sovrana come fattore di creazione dell'ordine. La lezione di Hobbes è tanto più valida quanto più la modernità diviene consapevole della sua strisciante propensione nichilistica, della sua incapacità di attingere a una piattaforma ferma e stabile. Di fronte al conflitto e alla dissoluzione, l'unica risposta possibile è ritrovare la forza decisionale di un sovrano capace di creare un ordine fronteggiando lo stato di eccezione, nella consapevole assenza di un fondamento.

Non c'è niente di sacrale nel profilo (essenzialmente 'moderno') di una sovranità tesa alla realizzazione, sempre incerta, di un'unità politica altrimenti impossibile. Il retroterra teologico è semplicemente, da un lato, il modello che incide genealogicamente sulla sua messa a punto, mentre, dall'altro lato, è la matrice che ne accentua il carattere assoluto e ultimativo.

La sovranità capace di realizzare l'unità politica esaltando la sua costitutiva contrapposizione al nemico è l'unica forza capace di impedire (o frenare o ritardare) la dissoluzione finale: una sovranità come *kat'echon*

[22] *Ibidem*, p. 133.

(se si vuole, è questo il teologumeno forse più esplicito nel lessico intellettuale schmittiano), come unico strumento di resistenza a un male che si annuncia, per Schmitt, come la fine, al contempo, della serietà morale e dell'unità politica[23]; un male che coincide con un «Aldiqua paradisiaco di vita immediata e naturale e di 'corporalità' senza problemi»[24].

## 4. *Lo svuotamento della sovranità nella teoria giuridica kelseniana*

La teologia politica schmittiana procede sostenuta dal teorema della secolarizzazione (dalla convinzione che contenuti originariamente teologici siano stato trasposti sul terreno della sovranità mondana), ricostruisce un percorso genealogico e al contempo evidenzia soggiacenti analogie: fra la *potestas Dei absoluta* e il Leviatano; fra la dissoluzione panteistica del Dio personale e l'impersonale sistema giuridico del normativismo positivistico. La ricostruzione genealogica è però solo una componente della teologia politica. Il suo obiettivo principale non è storiografico, ma è critico e propositivo: cogliere le crisi e le emergenze della modernità e indicare una via di uscita. Il pericolo mortale è per Schmitt la dissoluzione del politico e la cattiva neutralizzazione dei conflitti, cui occorre reagire compiendo, per così dire, a ritroso il percorso genetico illustrato dalla teologia politica: abbandonando il moderno panteismo per ritrovare il trascendente *Deus absconditus*, 'analogo' a quell'hobbesiana *potestas absoluta*, che nel vuoto di un ordine sostantivo costruisce l'unità politica, decide dell'eccezione, individua il nemico.

La teologia politica non intende restaurare la dimensione sacrale del sovrano; intende piuttosto dimostrare l'insuperabilità del suo assoluto potere, l'impossibilità di far coincidere l'ordine con gli automatismi meccanici di un sistema giuridico-formale: che è per l'appunto l'esito cui tende la costruzione giuridica di Hans Kelsen[25].

[23] È un profilo esattamente colto da L. STRAUSS, *Anmerkungen zu C. Schmitt, Der Begriff des Politischen*, in «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», 67, 1932, 6, pp. 732-749 (trad. it. *Note sul «concetto di politico» in Carl Schmitt*, in G. DUSO [ed], *Filosofia politica e pratica del pensiero. Eric Voegelin, Leo Strauss, Hannah Arendt*, Milano 1988, pp. 329 ss.).

[24] C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., p. 84.

[25] Sul confronto fra Kelsen e Schmitt sul terreno della «teologia politica» cfr. M. WALTHER, *H. Kelsen und C. Schmitt im Kampf um die Ent- (Re)Mythologisierung des Staates*, in M. WALTHER (ed), *Religion und Politik: zu Theorie und Praxis des theologisch-politischen Komplex*, Baden-Baden 2004, pp. 247-64; S. BAUME, *On Political Theology: A*

Proprio nel 1922 (l'anno di pubblicazione della schmittiana *Teologia politica*) esce un'opera di Kelsen[26] che nei suoi capitoli conclusivi assume come asse dell'argomentazione l'analogia fra sapere teologico e sapere giuridico, fra Dio e Stato; un'analogia che non solo svolge un ruolo importante nell'economia dell'opera, ma viene sviluppata anche in altri saggi coevi dello stesso autore[27].

A differenza di Schmitt, Kelsen non dedica una particolare attenzione al concetto di secolarizzazione. I suoi interessi sono prevalentemente epistemologici e la sua attenzione verte non tanto sul nesso genealogico fra discorso teologico e discorso giuridico quanto sulle analogie strutturali che li caratterizzano. È però anche vero che queste analogie si manifestano storicamente, entro una cultura che si sviluppa pur sempre nel quadro di una weberiana *Entzauberung*, distaccandosi gradualmente dall'originario orizzonte religioso e teologico.

Kelsen è impegnato a costruire una teoria giuridica rigorosamente monista, che dimostri l'inconsistenza della distinzione fra Stato e diritto facendo coincidere il primo con un coerente e concluso sistema di norme giuridiche. È in questa prospettiva che egli sottolinea l'analogia fra Dio e Stato (adombrata già in un saggio del 1913[28]). Per Kelsen, al «perfetto parallelismo di struttura logica tra il concetto di Stato e quello di Dio» corrisponde una stretta vicinanza fra sapere teologico e sapere giuridico. In particolare, il rapporto fra Dio e mondo va incontro, nella teologia, a

*Controversy between Hans Kelsen and Carl Schmitt*, in «History of European Ideas», 30, 2009 (doi:10.1016/j.histeuroideas.2009.01.001).

[26] H. Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, Tübingen 1922 (trad. it. *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato. Studio critico sul rapporto tra Stato e diritto*, a cura di A. Carrino, Napoli 1997).

[27] H. Kelsen, *Gott und Staat*, in «Logos», 11, 1922-1923, pp. 261-284 (trad. it. *Dio e Stato*, in H. Kelsen, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, a cura di A. Carrino, Napoli 1988, pp. 138-64); dello stesso autore, *Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse*, in «Imago», 8, 1922, 2, pp. 97-141 (trad. it. *Il concetto di Stato e la psicologia sociale. Con particolare riguarda alla teoria delle masse di Freud*, in H. Kelsen, *La democrazia*, Bologna 1981[4], pp. 387-437). Cfr. M.G. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, Milano 1981; A. Carrino, *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*, Napoli 1984, pp. 151 ss.

[28] H. Kelsen, *Über Staatsunrecht*, in «Grünhutsche Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart», 40, 1913-1914, pp. 1-114. (trad. it. *L'illecito dello Stato*, a cura di A. Abignente, Napoli 1988).

difficoltà e ad aporie analoghe a quelle sperimentate dalla scienza giuridica a proposito del rapporto fra Stato e diritto[29].

Queste analogie non sono per Kelsen occasionali od estrinseche, ma affondano le radici nelle stesse strutture cognitive degli esseri umani. Le culture arcaiche decifrano il mondo attivando due strategie essenziali: l'antropomorfismo, l'inclinazione a ricondurre il mondo all'esperienza immediata dell'io e ai contorni familiari della figura umana; l'ipostatizzazione, la tendenza a trasformare immagini e concetti in enti realmente esistenti.

Nel mondo antico e in genere nelle culture politeistiche, l'applicazione di questi schemi cognitivi dà luogo a mitologie che vedono dietro a ogni fenomeno naturale un'ascosa divinità che ne spiega le origini e la dinamica. Nell'impossibilità di padroneggiare il fenomeno come tale, lo si personifica e personificandolo lo si duplica. L'intervento del cristianesimo semplifica e razionalizza una siffatta visione del mondo (potremmo parlare di un contributo cristiano alla demitizzazione e alla 'mondanizzazione' dei fenomeni). I molti dei cedono il passo all'unico Dio, ma restano al fondo ancora operanti le antiche strategie cognitive: per intendere l'ordine del mondo, per rappresentare la coerente unità del cosmo continuano a essere impiegati i procedimenti della personificazione, dell'ipostatizzazione e della duplicazione[30]: da un lato il mondo, dall'altro Dio. L'unità del mondo è comprensibile soltanto in rapporto con una persona divina, che con un atto di volontà crea il mondo e resta al contempo infinitamente distante, assolutamente trascendente rispetto ad esso. Dio crea il mondo e lo 'abita', ma al contempo ne è abissalmente lontano: è questo il dualismo che crea, per la teologia, tensioni insuperabili, che possono essere sciolte soltanto dalla risoluzione dell'un termine nell'altro, come avviene con il panteismo, destinato a sostituirsi, nell'età moderna, all'antica immagine del Dio creatore.

Il superamento del dualismo e delle conseguenti aporie è reso possibile, per Kelsen, dallo sviluppo della scienza; dalla diffusione di saperi che, nei più diversi settori, realizzano il passaggio che Cassirer ha descritto come la trasformazione della sostanza in funzione[31]: l'arcaica tendenza

[29] H. Kelsen, *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato*, cit., p. 231.

[30] Cfr. H. Kelsen, *Dio e Stato*, cit., pp. 139 ss. e, dello stesso autore, *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato*, cit., pp. 215 ss.

[31] E. Cassirer, *Substanzbegriff und Funktionsbegriff. Untersuchungen über die Grundfragen der Erkenntniskritik* (1910), Hamburg 2000 (trad. it. *Sostanza e funzione*, Firenze 1973).

alla ipostatizzazione, che era rimasta a lungo tenacemente in vigore sotto le vestigia di una 'sostanza' capace di governare dall'interno, invisibile ma determinante, i fenomeni (l'anima, per la psicologia, la 'forza', nelle scienze fisiche), cede il posto all'analisi dei nessi funzionali fra fenomeni.

Le arcaiche duplicazioni e ipostatizzazioni vengono spazzate via da una moderna epistemologia che porta fino in fondo il processo di demitizzazione, di comprensione disincantata e razionale dei fenomeni, faticosamente iniziato in epoche più risalenti. È appunto nell'alveo di questo processo che Kelsen vuole immettere anche il sapere giuridico.

Il sapere giuridico è a suo avviso ancora attardato a uno stadio prescientifico, continuando ad essere dominato, come la teologia, dai meccanismi della personificazione e dell'ipostatizzazione. Incapace di cogliere l'unità dell'ordinamento senza ricorrere a una figura antropomorfica, il sapere giuridico prima 'inventa' lo Stato come un soggetto, come un ente dotato di volontà, come una persona e poi lo ipostatizza presentandolo come un ente 'realmente' esistente. L'analogia con il sapere teologico è per Kelsen stringente: lo Stato persona sovrana svolge nei confronti del diritto la stessa funzione che il Dio creatore svolge nei confronti del creato; quella di offrire una rappresentazione personificata dell'unità dell'oggetto.

Una siffatta duplicazione degli enti non è però innocua, ma al contrario provoca gli inestricabili dilemmi che affliggono la teologia come la teoria giuridica: che parlano, rispettivamente, di un Dio infinitamente distante dal creato, ma al contempo intrinseco ad esso; e di uno Stato trascendente il diritto e tuttavia in rapporto con esso o addirittura sottoposto ad esso. Sono analoghe per Kelsen le aporie che conseguono dall'impostazione dualistica della teologia e del sapere giuridico e sono analoghe le (insoddisfacenti) soluzioni prospettate da entrambi: l'incarnazione, che, per la teologia, tenta di gettare un ponte fra i due mondi infinitamente distanti (il creatore e la creatura); e, per la giuspubblicistica, la teoria (jellinekiana e jheringhiana) dell'autolimitazione dello Stato, l'idea di uno Stato che liberamente si sottopone al diritto da esso stesso creato. Sono analoghe le soluzioni prospettate e sono analoghi i dubbi sempre risorgenti: come può un Dio onnipotente essere al contempo sottoposto ai vincoli della natura mortale? come può lo Stato, incontrollabile creatore dell'ordinamento, essere vincolato da una legge di cui resta interamente arbitro?

Non si esce dalle due (analoghe) aporie, per Kelsen, se non annullando uno dei termini del dilemma: risolvendo, rispettivamente, Dio nella natura e lo Stato nel diritto; rinunciando all'ultima mitologia pre-scientifica – l'idea di sostanza – e studiando le relazioni. Occorre insomma, sul fronte

della scienza giuridica, dissolvere «il concetto di uno Stato differente dal diritto» e fondare «una dottrina dello Stato – senza Stato»[32].

La medesima consapevolezza epistemologica che ha smantellato l'ultimo teologumeno annidato nelle scienze della natura (il concetto di 'sostanza') agisce, sul terreno della scienza giuridica, dimostrando l'inutilità (anzi, la nocività) di un residuo analogo: l'idea di uno Stato 'realmente' esistente e onnipotente.

Liberarsi dal fantasma dello Stato – adottare, come scrive Kelsen, una sorta di anarchismo gnoseologico – non è solo una strategia cognitiva, ma ha anche effetti pratici, etico-politici: emancipa gli esseri umani dalla convinzione che lo Stato sia un ente «che si contrappone fatalmente al singolo come qualcosa di semplicemente dato, indipendentemente da lui». Svuotare di senso questo antico mito significa allora facilitare «il cammino di una riforma dello Stato nell'interesse dei governati»[33].

Anche da questo punto di vista, si conferma per Kelsen l'analogia fra la teologia e il diritto: l'anarchismo metodologico combatte una battaglia analoga a quella dell'ateismo nella misura in cui entrambi attaccano i presupposti che hanno reso possibile la fede in entità trascendenti e dominanti. La portata emancipatrice della scienza investe i comportamenti e si traduce in una critica dell'ideologia.

Per quanto riguarda l'esperienza religiosa in particolare, Kelsen accoglie le suggestioni provenienti dall'analisi freudiana dei fenomeni psico-sociali[34] e le impiega per sottolineare e spiegare le affinità ricorrenti nella rappresentazione della sovranità e della divinità: è l'originario rapporto del figlio con il padre, amato e temuto, che si proietta sul rapporto fra il suddito e il sovrano, fra il credente e Dio, rende al contempo terribile e benefica l'immagine dell'entità onnipotente e rafforza la dipendenza emotiva dei soggetti nei suoi confronti[35].

Sono queste le «maschere», fornite dalle diverse ideologie, con le quali gli esseri umani «recitano il dramma sociale o religioso»[36]. La funzione emancipatrice della scienza consiste allora nel venire a capo di questo

[32] H. KELSEN, *Dio e Stato*, cit., p. 163.

[33] *Ibidem*, p. 163.

[34] Cfr. M. LOSANO, *Forma e realtà in Kelsen*, cit., pp. 138 ss.

[35] H. KELSEN, *Dio e Stato*, cit., p. 144.

[36] *Ibidem*, p. 146.

meccanismo e svelare la nudità del re: mostrare che l'esistenza di Dio come dello Stato «risiede nella forza motivante di certe rappresentazioni normative. In questo senso Dio e Stato esistono solo se e nella misura in cui ci si crede, e vanno in fumo con la loro eccezionale potenza, che ha riempito la storia del mondo, non appena la mente umana si libera di questa credenza»[37].

È dunque una compiuta de-sacralizzazione dei saperi e della società il punto di arrivo di un processo che, anche per Kelsen (come per Schmitt), si svolge all'insegna della *Entzauberung*. Per entrambi il mondo moderno è caratterizzato da una progressiva perdita od oblio del sacro: la loro riflessione sulla sovranità è dunque strettamente intrecciata con la secolarizzazione, almeno in uno dei suoi significati: la secolarizzazione come de-sacralizzazione.

Non appare invece sottoscritta da Kelsen l'idea della secolarizzazione come trasposizione o trasferimento ad ambiti profani di contenuti originariamente teologici. È a un siffatto processo di trasposizione che sembra alludere l'enunciato schmittiano secondo il quale i concetti giuspolitici sono concetti teologici secolarizzati. In realtà, la dimensione diacronica e processuale si intreccia in Schmitt con l'analisi sincronica: se per un verso i concetti giuridici sembrano essere genealogicamente riconducibili al loro substrato teologico, per un altro verso gli uni e gli altri appaiono piuttosto connessi in ragione della loro analogo o omologa strutturazione interna. Mentre Schmitt appare legato (non senza oscurità e reticenze) a entrambe le dimensioni (alla diacronia e alla sincronia, al processo e alla struttura), Kelsen opta decisamene per il secondo termine ed esalta le corrispondenze strutturali e sincroniche fra teologia e giuspubblicistica.

Per Kelsen teologia e giuspubblicistica procedono di pari passo, prima per lungo tempo dominate dagli arcaici meccanismi della personificazione e dell'ipostatizzazione e poi investite dai progressi della scienza, che polverizza i loro tradizionali referenti (Dio, lo Stato) e ne mostra l'insussistenza 'oggettiva' e la natura ideologica (o mitologica). Anche per Kelsen si dà un processo storico, caratterizzato da un (sia pur problematico e asintotico) avvicinamento alla verità reso possibile da un'aggiornata epistemologia. La logica di questo processo è univoca: è il passaggio dal mito al logos, all'insegna di una modernità impegnata a portare a compimento il progetto e le promesse dell'illuminismo. E altrettanto netto è l'esito atteso: non già un ordine delle azioni, un ordine iscritto nella

[37] *Ibidem*, p. 162.

'realtà', ma un ordine delle norme, un universo giuridico-formale di cui i concreti individui (moderni e quindi tolleranti, disponibili al compromesso, alieni dal fanatismo della verità) si servono come di uno strumento di una condivisa disciplina sociale.

Portata a compimento la desacralizzazione del diritto e della scienza giuridica, la sovranità per Kelsen cessa di esistere come attributo di un ente 'realmente' (storicamente) esistente: non solo de-sacralizzata, ma anche de-mitizzata, essa coincide semplicemente con l'unità dell'ordine normativo.

Se dunque il processo della secolarizzazione-modernizzazione è univoco e unidirezionale in Kelsen (muovendo dal sacro al mondano, dal mito al logos, dall'autocrazia alla democrazia), esso appare invece agli occhi di Schmitt duplice e contraddittorio. Per un verso, la modernità è l'epoca delle cattive neutralizzazioni e sembra avanzare verso il perverso trionfo della tecnica e verso l'illusione di una forma giuridica autosufficiente e di un ordine sottratto alla sfida dell'eccezione; per un altro verso, però, proprio l'analisi genealogica e strutturale promossa dalla teologia politica denuncia il rischio della dissoluzione e la necessità di una sovranità 'leviatanica'. Per Schmitt occorre scegliere; occorre bloccare la dissoluzione affidandosi a un sovrano che crei l'ordine controllando l'eccezione e individuando il nemico.

Alla kelseniana de-mitizzazione della sovranità Schmitt contrappone l'esigenza di una sua ri-mitizzazione. È comunque decisiva, tanto per Kelsen quanto per Schmitt, l'esigenza di pensare, in qualche modo, l'ordine: facendolo coincidere con la sovranità, per Kelsen, o facendolo dipendere interamente da essa, per Schmitt. Entrambi gli autori però sostanzialmente convergono nel ritenere irreversibile la desacralizzazione portata avanti dalla modernità e pensano l'ordine a partire da una 'nichilistica' accettazione della sua infondatezza.

## 5. *La ri-sacralizzazione della politica: le religioni secolari secondo Voegelin*

Convinti entrambi di muoversi in un mondo ormai irreversibilmente disincantato, Schmitt e Kelsen divergono nella valutazione della modernità e nella concezione dell'ordine, ma non prendono in considerazione l'ipotesi di una implicita o esplicita ri-sacralizzazione della sovranità. Lo stesso Schmitt, pur convinto di dover contrastare con tutti i mezzi la 'cattiva' modernità (per l'appunto la modernità apprezzata da Kelsen),

non invocava a questo scopo una rifondazione sacrale del potere e ne reclamava piuttosto il distacco qualitativo dalla società, la 'trascendente' potestà decisionale, pur nell'assenza di un ontologico *ubi consistam*. Solo un nuovo Leviatano poteva arrestare o ritardare la dissoluzione dell'ordine, secondo Schmitt (e la sua stessa apertura di credito nei confronti del nazionalsocialismo poteva verosimilmente essere stata influenzata da una simile aspettativa).

È invece proprio il confronto con il nazionalsocialismo a indurre Eric Voegelin a sviluppare una visione diversa e originale del rapporto fra sovranità e religione nell'orizzonte della secolarizzazione.

Esce nel '38 a Vienna un breve saggio voegeliniano dedicato alle «religioni politiche»[38]. L'autore ha alle spalle una consistente riflessione sui fenomeni e sui concetti politico-giuridici, caratterizzata dall'esigenza di andare oltre il normativismo di Kelsen per cogliere le forze produttive dell'ordinamento[39], senza tuttavia riconoscersi nella posizione schmittiana, ancora per Voegelin troppo interna al cerchio magico della modernità politico-giuridica[40]. Nel saggio del '38 Voegelin compie un passo importante nel tentativo di guardare 'dall'esterno' la sfera giuspolitica per coglierne le caratteristiche più riposte (ed è appunto in questa direzione che egli procederà nelle opere della maturità).

*Le religioni politiche* si aprono mettendo in discussione proprio una delle acquisizioni canoniche della modernità: la separazione fra Stato e religione, fra la sfera secolare e la sfera sacrale. L'approccio adottato da Voegelin per revocare in dubbio questa apparente ovvietà include già, *in nuce*, gli elementi caratteristici della sua metodologia: andare oltre le macrostrutture politico-giuridiche per individuare le radici antropologiche e simboliche dell'agire politico.

[38] E. VOEGELIN, *Die politischen Religionen*, Wien 1938 (trad. it. E. VOEGELIN, *Le religioni politiche*, in E. VOEGELIN, *La politica: dai simboli alle esperienze*, a cura di S. CHIGNOLA, Milano 1993, pp. 17-76).

[39] Cfr. S. CHIGNOLA, *La pratica del limite. Saggio sulla filosofia politica di Eric Voegelin*, Padova 1998, pp. 68 ss.; P.J. OPITZ, *Voegelin's Political religion in the Contemporary Political Order*, in G. HUGHES - St.A. MCKNIGHT - G.L. PRICE (edd), *Politics, Order and History: Essays on the Work of Eric Voegelin*, Sheffield 2001, p. 52.

[40] Cfr. E. VOEGELIN, *Die Verfassungslehre von Carl Schmitt. Versuch einer konstruktiven Analyse ihrer staatstheoretischen Prinzipien*, in «Zeitschrift für öffentliches Recht», 11, 1931, 1, pp. 89-109 (trad. it. *La dottrina della costituzione di Carl Schmitt. Tentativo di analisi costruttiva dei suoi principi teorico-politici*, a cura di G. ZANETTI, in *Filosofia politica e pratica del pensiero*, cit., pp. 291-314).

L'esigenza di prendere sul serio la fenomenologia religiosa superando le sbrigative semplificazioni post-illuministiche per coglierne tutta l'importanza psico-sociale era già ampiamente diffusa nella cultura europea fra Otto e Novecento (a tacere della sociologia durkheimiana e weberiana, valga il riferimento alle opere di Rudolf Otto, e poi di Gerardus van der Leeuw, Mircea Eliade, Roger Caillois)[41]. Particolarmente attraente per Voegelin appare comunque la dimensione antropologica del fenomeno religioso, studiata da Max Scheler[42]. Pur nella varietà delle sue manifestazioni, l'esperienza religiosa si racchiude essenzialmente per Voegelin nel senso della creaturalità: un'emozione originaria, un'apertura al fondamento, un legame con «un qualcosa di sovrapersonale, di superiore», «un sentimento di dipendenza assoluta», che possono tradursi, nel momento alto di contatto con il divino, in una «esperienza di riunificazione» e di illuminazione[43].

Questa riserva di senso, questa fluttuante energia non scorre però in un alveo predeterminato: può indirizzarsi su qualsiasi contenuto di esperienza, su qualsiasi oggetto, «nel corpo e nello spirito, nell'uomo e nella comunità, nella natura ed in Dio». Non ci sono oggetti naturalmente predisposti a un investimento religioso. Quando però un qualsiasi oggetto viene attratto nel cerchio della religiosità, quando viene esperito come «qualcosa di sacro», esso viene collocato al centro (o al vertice) del reale: «diventa ciò che vi è di più reale, un *realissimum*»[44].

Propria degli esseri umani è appunto la possibilità di percepire come sacri i più diversi oggetti: «mondi di simboli, segni linguistici e concetti si dispongono attorno a quel centro sacro; si consolidano nella forma di sistemi, si caricano dello spirito dell'emozione religiosa e vengono difesi come il 'vero' ordine dell'essere». Secondo Voegelin conviene comunque distinguere, pur nella grande varietà delle possibili 'sacralizzazioni', fra due classi o tipi di esperienze religiose: le «religioni ultraterrene», che cercano

[41] Cfr. H. MAIER, *Konzepte des Diktaturvergleichs: «Totalitarismus» und «politische Religionen»*, in H. MAIER (ed), *«Totalitarismus» und «Politische Religionen». Konzepte des Diktaturvergleichs*, Paderborn 1996, p. 244.

[42] M. SCHELER, *Die Stellung des Menschen im Kosmos*, Darmstadt 1928. Sull'importanza di Scheler per Voegelin cfr. W. PETROPULOS, *The Person as Imago Dei: Augustine and Max Scheler in Eric Voegelin's Herrschaftslehre and Political Religion*, in G. HUGHES (ed), *The Politics of the Soul: Eric Voegelin on Religious Experience*, Lanham MD 1999, pp. 87-114.

[43] E. VOEGELIN, *Le religioni politiche*, cit., p. 29.

[44] *Ibidem*, p. 30.

il divino oltre la sfera del visibile, oltre la natura e oltre la polis, e le «religioni intramondane», che «trovano il divino in parti del mondo»[45].

Quando a essere investito dell'afflato religioso è un determinato assetto o una data forma politica siamo di fronte a quella specifica sottoclasse di religioni intramondane che Voegelin chiama «religioni politiche». La religione politica non è un fenomeno recente: Voegelin anzi (anticipando anche da questo punto di vista un suo modo di procedere che sarà caratteristico dei suoi scritti successivi) delinea un quadro sintetico che dal culto solare dell'antico Egitto arriva alla modernità. È comunque nella modernità che la sacralizzazione dell'ordine politico acquista una pregnanza particolare.

È nella modernità che la diffusione dei saperi, la sempre più capillare conoscenza dei fenomeni, ha drasticamente ridotto la tensione verso una divinità invisibile e trascendente. La modernità è dunque anche per Voegelin iscritta nell'orizzonte della secolarizzazione: una secolarizzazione che deve essere intesa come un crescente oblio del divino, incalzato dalla sempre più ingombrante presenza del visibile e dell'esperibile. L'eclissi di Dio (per dirla con Buber) è però soltanto una componente – la più evidente – della secolarizzazione; l'altra componente, decisiva, è una tendenza apparentemente opposta, ma in realtà complementare: la sacralizzazione dei contenuti mondani. Dio scompare, ma il bisogno religioso, radicato nella struttura antropologica degli esseri umani, resta vivace e cerca nuovi canali di espressione: «se Dio è diventato invisibile dietro al mondo, allora i contenuti del mondo diventano nuovi dei. Se i simboli della religiosità ultraterrena vengono messi al bando, al loro posto ne subentrano di nuovi, elaborati a partire dal linguaggio scientifico intramondano»[46].

Alla schiera delle nuove divinità appartengono le religioni politiche: il flusso del sacro investe la sfera della politica senza uscire allo scoperto, imprimendo ai saperi 'secolari' una tensione e una direzione originariamente riferite a contenuti trascendenti. Il primo grande esempio cui Voegelin si riferisce è la mondanizzazione della prospettiva apocalittica. L'attesa dei nuovi cieli e della nuova terra, che nel medioevo aveva trovato un'originale espressione nella teologia di Gioacchino da Fiore, si trasfonde nelle filosofie della storia e nei movimenti rivoluzionari della modernità: l'antica tensione religiosa verso l'al di là resta intatta ma si dirige ora verso «una

[45] *Ibidem*, p. 31.

[46] *Ibidem*, p. 60.

condizione terrena di umanità compiuta»[47]. Voegelin si riferirà alla gnosi (sulla cui importanza da tempo la cultura tedesca richiamava l'attenzione) per cogliere la sotterranea valenza soteriologica del messianismo politico moderno (e presentarlo di conseguenza come la versione secolarizzata di un'eresia cristiana): l'idea di una auto-redenzione dell'uomo che in virtù del sapere individua il male ed è in grado debellarlo con le sue sole forze[48].

Voegelin sta applicando lo schema della secolarizzazione-trasposizione (l'ipotesi che la secolarizzazione consista nel trasferire contenuti originariamente teologici ed extramondani a linguaggi e a esperienze mondane) alla filosofia della storia prevalente nel XIX secolo (in una direzione simile a quella seguita dal celebre contributo di Löwith[49]). Le religioni politiche non si identificano comunque con il messianismo secolarizzato: anche la comunità politica nel suo complesso può divenire l'oggetto di un'implicita sacralizzazione.

Alle origini di questo specifico tornante del moderno si colloca, anche per Voegelin, Hobbes, che a suo avviso svolge, per la comunità politica intramondana, lo stesso ruolo epocale svolto dall'apostolo Paolo per la comunità cristiana. L'unificazione della comunità nella persona sovrana (dio mortale) rende possibile infatti la maturazione del presupposto principale di una «religione intramondana della comunità»: la «autocomprensione di una comunità quale unità in sé autocentrata»[50].

Con Hobbes, con la creazione di un particolare Stato-Chiesa, con il ricorso al simbolo pagano-sacrale del Leviatano, inizia quel processo di sacralizzazione moderna della comunità politica che si rafforza con la filosofia hegeliana e trova la sua più conclamata realizzazione nel

[47] *Ibidem*, p. 61.

[48] Cfr. E. VOEGELIN, *The New Science of Politics*, Chicago 1952 (trad. it. *La nuova scienza politica*, Torino 1968). È radicalmente diversa la tesi di Blumenberg. Sul nesso fra gnosi e secolarizzazione cfr. G.G. MARRAMAO, *Cielo e terra*, cit., pp. 131 ss., J.-Cl. MONOD, *La querelle de la sécularisation*, cit. Utilizzano spunti voegeliniani la visione della secolarizzazione e la delegittimazione del moderno sviluppate da A. DEL NOCE, *Eric Voegelin e la critica dell'idea di modernità*, in E. VOEGELIN, *La nuova scienza politica*, cit., pp. 7-34. In questo senso anche F. MERCADANTE, *La democrazia plebiscitaria*, Milano 1974, pp. 211 ss. Cfr. S. CHIGNOLA, *La pratica del limite*, cit., pp. 184 ss.

[49] K. LÖWITH, *Meaning in History. The Theological Implications of the Philosophy of History*, Chicago 1949 (trad. it. *Significato e fine della storia. I presupposti teologici della filosofia della storia*, Milano 1991$^2$). Sul nesso fra escatologia e filosofia della storia nell'orizzonte della secolarizzazione cfr. di recente M. BORGHESI, *L'era dello Spirito: secolarizzazione ed escatologia moderna*, Roma 2008.

[50] E. VOEGELIN, *Le religioni politiche*, cit., p. 54.

fascismo e nel nazionalsocialismo. Al posto di Dio (ancora presente nella teologia politica hobbesiana) subentra una «Ecclesia intramondana completamente conchiusa», fonte di una fede e di un entusiasmo che Mussolini stesso non esita a chiamare religiosi[51]. È la comunità il *realissimum* capace di suscitare «l'emozione fondamentale dell'abbandono creaturale»[52], scatenare l'odio nei confronti del nemico e al contempo esigere l'annullamento della persona, degradata a strumento «di servizio del contenuto sacrale del mondo»[53].

La sacralizzazione della politica, «la religiosità intramondana che esperisce il collettivo – sia esso l'umanità, il popolo, la classe, la razza o lo Stato – come *Realissimum*», è per Voegelin un episodio di quel «distacco da Dio» che caratterizza la modernità. La condanna di una modernità chiusa nella sua auto-legittimazione (una condanna che non è certo isolata nel panorama intellettuale dell'epoca[54]) diviene in Voegelin il presupposto di una ricerca volta a ricuperare il patrimonio che la modernità ha dilapidato.

La «restaurazione» della scienza politica non propone una rigorosa teoria dell'ordine né tenta di frenare le derive del moderno facendo leva (come ancora Schmitt) su uno dei suoi punti di origine. Anche per Voegelin, come per Schmitt, Hobbes è l'archè della modernità politica. Se però Schmitt ritiene di poter giocare, per così dire, Hobbes contro Hobbes (la *potestas absoluta* del Leviatano contro il formalismo legicentrico), Voegelin lo consegna nella sua interezza a una modernità dalla quale occorre uscire contestando la sua chiusa auto-legittimazione e la conseguente sacralizzazione delle sue forme politiche.

Prendere congedo dalla modernità significa per Voegelin riscoprire le radici antropologiche della politica e l'esigenza di trascendenza dell'essere umano e da questo nuovo punto di vista riconsiderare il percorso della secolarizzazione[55]. Che i concetti giuspolitici moderni siano concetti teo-

[51] *Ibidem*, pp. 65-66.

[52] *Ibidem*, p. 68.

[53] *Ibidem*, p. 64.

[54] Valga l'esempio di Maritain (richiamato da D. HERZ, *Der Begriff der «politischen Religionen» im Denken Eric Voegelins*, in H. MAIER [Hrsg.], *«Totalitarismus» und «Politische Religionen». Konzepte des Diktaturvergleichs*, cit., p. 197), anch'egli impegnato, proprio negli anni trenta-quaranta, nella condanna congiunta dell'umanesimo antropocentrico e dei totalitarismi in nome di una persona aperta al trascendente.

[55] Cfr. A. BIRAL, *Voegelin e la restaurazione della politica*, in G. DUSO (ed), *Filosofia politica e pratica del pensiero*, cit., pp. 53-67; G. DUSO, *Filosofia pratica o pratica della*

logici secolarizzati è un enunciato che anche Voegelin potrebbe, in prima battuta, accogliere, salvo aggiungere di ritenerlo insufficiente e riduttivo. A Voegelin non interessa cogliere il timbro dei concetti giuspolitici moderni usando come cassa di risonanza il loro retroterra teologico; non gli basta capire la sovranità moderna sullo sfondo della *potestas Dei absoluta*; gli preme piuttosto esplicitare come cifra della modernità l'azzeramento della distanza fra il divino e l'umano e denunciare la conseguente sacralizzazione della politica.

Se dunque in apparenza la modernità ha sancito il carattere integralmente secolare della sovranità, in realtà essa ha ri-divinizzato la sfera politica, nella forma di una gnostica auto-salvazione attivistica dell'umanità così come nella celebrazione 'hobbesiana' della forza inglobante della comunità politica. Nasce da un siffatto impiego della categoria della secolarizzazione (e dal nesso, che si viene instaurando al suo interno, con la sovranità) quella categoria di religione politica che, a distanza di molti decenni dalla sua prima formulazione, sta dando frutti di grande interesse sul terreno della concreta analisi storiografica[56].

Nella prospettiva voegeliniana, un ordine sottratto alla crisi auto-distruttiva del moderno implica, per un verso, un essere umano aperto al trascendente[57], ma, per un altro verso, e di conseguenza, postula la

*filosofia? La ripresa della filosofia pratica ed Eric Voegelin*, in G. DUSO (ed), *Filosofia politica e pratica del pensiero*, cit., pp. 159-91. Su Voegelin cfr. anche G. ZANETTI, *La trascendenza e l'ordine. Saggio su Eric Voegelin*, Bologna 1989; G.F. LAMI, *Introduzione a Eric Voegelin. Dal mito teo-cosmogonico al sensorio della trascendenza: la ragione degli antichi e la ragione dei moderni*, Milano 1993; B. COOPER, *Eric Voegelin and the Foundations of Modern Political Science*, Columbia MO - London 1999.

[56] Cfr. E. GENTILE, *Il culto del littorio: la sacralizzazione della politica nell'Italia fascista*, Roma - Bari 2001, e, dello stesso autore, *Le religioni della politica. Fra democrazie e totalitarismi*, Roma - Bari 2001. Un interessante contributo al concetto di religione politica (e alle sue applicazioni) è offerto dalla rivista «Totalitarian Movements and Political Religion». Cfr. ad esempio, E. GENTILE, *Political Religion: A Concept and its Critics. A Critical Survey*, in «Totalitarians Movements and Political Religion», 6, 2005, 1, pp. 19-32; R. MORO, *Religion and Politics in the Time of Secularisation: The Sacralisation of Politics and Politicisation of Religion*, *ibidem*, pp. 71-86; K. VONDUNG, *National Socialism as a Political Religion: Potentials and Limits of an Analytical Concept*, in «Totalitarians Movements and Political Religion», *ibidem*, pp. 87-95; S. G. PAYNE, *On the Heuristic Value of the Concept of Political Religion and its Application*, in «Totalitarians Movements and Political Religion», 6, 2005, 2, pp. 163-74.

[57] Determinante è per Voegelin «la scoperta dell'essere trascendente come fonte dell'ordine nell'uomo e nella società»; E. VOEGELIN, *Ordine e storia*, I: *Israele e rivelazione*, a cura di G.F. LAMI, Roma 2003, p. 187.

netta distanza da una qualche teologia civile[58] coinvolta in quella immediata sacralizzazione della politica che è la manifestazione primaria del dis-ordine della modernità.

## 6. *L'ordine fra metafora e concetto: una strategia contro «l'assolutismo della realtà»?*

L'auto-comprensione della modernità ha trovato nel nesso fra secolarizzazione e teoria della sovranità un tramite importante (o addirittura un passaggio obbligato) e ha messo in questione la *fable convenue* di una meccanica, automatica cancellazione della dimensione sacrale o religiosa della politica.

Il problema del rapporto fra sovranità e secolarizzazione è apparso centrale, ma anche caratterizzato da impostazioni e soluzioni assai diverse. In Kelsen, pensare Dio e pensare lo Stato sono strategie, fra loro omologhe, di un sapere arcaico, caratterizzato da schemi conoscitivi destinati a cadere sotto i colpi della critica scientifica. Secolarizzazione, modernizzazione e progresso della conoscenza procedono di conserva e investono anche la rappresentazione della sovranità: separato dal suo retroterra teologico, però, il sovrano non cessa di essere soltanto *imago dei*, bensì, semplicemente, cessa di essere, cessa di esistere: con l'arcaica acqua della sacralità viene gettata via l'ingombrante figura di un sovrano come tramite, storicamente operante, dell'ordine. Il sovrano si dissolve in un ordine normativo per il quale (e soltanto per il quale) vale la caratteristica dell'intrinseca unitarietà (di contro all'inafferrabile pluralità dei concreti soggetti agenti 'sul piano dell'essere').

Anche per Schmitt il mondo moderno è immerso nell'orizzonte di una secolarizzazione che impedisce di ricondurre l'ordine a un saldo e sostantivo fondamento. Decisiva per Schmitt è «la questione del modo di abitare l'epoca dell'assenza di Dio»[59]: la sua risposta è segnata non tanto dalla nostalgia per il 'mondo che abbiamo perduto', quanto dalla disperata esigenza di ritrovare, nel nesso fra *potestas Dei* e sovranità, un forte argomento storico-teorico a sostegno del ruolo insostituibile del Leviatano. La teologia politica, se dunque per un verso conferma, attraverso il suo programma genealogico, il progressivo ritrarsi del sacro, per

[58] R. ESPOSITO, *Voegelin e la «teologia politica»*, in R. RACINARO (ed), *Ordine e storia in Eric Voegelin*, Napoli 1988, p. 67.

[59] C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., p. 359.

un altro verso dimostra l'insuperabile ('metafisico') ruolo di un potere supremo nel promuovere un ordine concreto bloccando o frenando la dissoluzione dell'unità.

Mentre Kelsen e Schmitt impostano il problema della sovranità intrecciandolo con il teorema della secolarizzazione e si chiedono in che modo si proponga l'ordine in un mondo ormai lontano dalle sue antiche radici teologiche; mentre insomma non solo per Kelsen ma anche per Schmitt l'ordine moderno, in quanto secolarizzato, è essenzialmente de-sacralizzato, per Voegelin, al contrario, la modernità, proprio perché coinvolta nel processo di secolarizzazione, è caratterizzata da una sua specifica dimensione religiosa. La secolarizzazione, nel momento in cui recide il rapporto con la trascendenza, attiva un movimento di ri-sacralizzazione dell'ordine politico che proprio da quell'afflato religioso (intramondano) trae la sua principale (anche se perversa) energia unificante. Ed è proprio la sacralizzazione della politica la causa principale della crisi che attanaglia la modernità (tanto che la fuoriuscita da essa è pensabile per Voegelin solo a patto di rompere il guscio che chiude la politica moderna nella totalitaria immanenza delle religioni intramondane).

Se Voegelin illustra (e condanna) la ri-sacralizzazione (moderna) della politica, non mancano interventi che mettono in luce (e denunciano) un processo speculare (ma in qualche misura convergente): è il caso del teologo (prima protestante e poi cattolico) Erik Peterson, che denuncia un impiego meramente ideologico-politico della teologia, l' appiattimento del messaggio cristiano a sostegno di un ordine politico. È quanto è accaduto, secondo Peterson, con Eusebio di Cesarea, che ha utilizzato il monoteismo (l'immagine di un unico Dio sovrano) a sostegno dell'impero romano[60]; ed è quanto avviene, nella Germania degli anni Trenta, con i tentativi di legittimazione cristiana del Terzo Reich[61].

L'affermazione del nazionalsocialismo, che aveva offerto a Voegelin una verifica puntuale del suo concetto di religione politica, stimola Peterson a difendere l'assoluta trascendenza di Dio contro ogni tentativo di un uso politico della sua immagine. In una direzione analoga il teologo protestante Karl Barth[62] aveva sostenuto la distanza incolmabile fra Dio e la

[60] Cfr. E. PETERSON, *Il monoteismo come problema politico*, Brescia 1983. Cfr. G. RUGGIERI, *Resistenza e dogma. Il rifiuto di qualsiasi teologia politica in Erik Peterson*, ivi, pp. 5-26 e F. FATTI, *Fra Peterson e Schmitt. Gregorio Nazianzeno e la «liquidazione di ogni teologia politica»*, in G. FILORAMO (ed), *Teologie politiche. Modelli a confronto*, cit., pp. 61 ss.

[61] Valga il riferimento a Gogarten, a Hirsch e ai «Deutsche Christen».

[62] K. BARTH, *L'epistola ai Romani*, a cura di G. MIEGGE, Milano 1974.

sfera politica. E a Barth allude (senza nominarlo) Schmitt (nella premessa alla nuova edizione, del 1934, della sua *Teologia politica*), sostenendo il carattere onnipervasivo della politica, capace di attrarre nella sua inesorabile logica conflittuale ogni aspetto dell'esistenza[63].

Per Voegelin, dunque la politica moderna è soggetta a una intramondana sacralizzazione. Per Peterson è piuttosto la sfera del sacro ad essere continuamente esposta al rischio di un'indebita politicizzazione. In ogni caso, pur nel divario delle premesse e delle prospettive, viene prospettata una visione dell'ordine politico moderno secondo la quale esso (nonostante o addirittura a causa della secolarizzazione) trova nella religione una sua nervatura essenziale.

In nessun caso, il rapporto fra sovranità e ordine, il problema del loro fondamento, il ricorrente appello a una legittimazione forte e tendenzialmente 'religiosa' costituiscono una preoccupazione costante, direi anzi un nervo scoperto della riflessione giuspolitica novecentesca. Non è dunque un fulmine a ciel sereno la scoperta o riscoperta della 'religione civile' formulata da Robert Bellah in un suo saggio del 1967[64], destinato a una straordinaria fortuna: non solo perché la tradizione durkheimiana e parsonsiana (influente sulla formazione dello stesso Bellah) aveva mantenuta viva l'attenzione sul nesso fra società e religione; non solo perché l'enfasi religiosa e profetica, la continua miscelazione fra simbolismo biblico e reminiscenze romano-repubblicane erano componenti macroscopiche dell'identità statunitense, a partire dal suo momento fondativo[65]; ma anche perché l'idea di un compiuto divorzio fra il *princeps* e l'*imago Dei* e di una auto-fondazione dell'ordine politico non mancava di apparire problematica anche là dove il concetto di secolarizzazione veniva assunto come una delle chiavi esplicative della modernità.

È un problema che ancora nei nostri giorni Ernst-Wolfgang Böckenförde ha riproposto alla nostra attenzione; e lo ha riproposto proprio ricostruendo i significati e il percorso della secolarizzazione[66]. È lo stesso cristianesimo

[63] C. Schmitt, *Teologia politica*, cit., pp. 29-30.

[64] R.N. Bellah, *Civil Religion in America*, in «Daedalus», 96, 1967, 1 (trad. it. *La religione civile in Italia e in America*, a cura di M. Bortolini, Roma 2009). Cfr. anche R.N. Bellah, *The Broken Covenant: American Civil Religion in Time of Trial*, New York 1975.

[65] Cfr. T. Bonazzi (ed), *La costituzione statunitense e il suo significato odierno*, Bologna 1988 e T. Bonazzi (ed), *La Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti d'America*, Venezia 1999.

[66] Su questo percorso cfr. la sintesi offerta da P. Prodi, *Dalle secolarizzazioni alle religioni politiche*, in G.E. Rusconi (ed), *Lo Stato secolarizzato nell'età post-secolare*, cit., pp. 55-92.

medievale che, per Böckenförde, rende possibile il *saeculum* e dà impulso a un processo che sfocia nello smantellamento della dimensione sacrale della politica. Anche per Böckenförde, come per Schmitt, un siffatto processo è irreversibile, ma non per questo è pacifico e indolore: il punto cruciale è la possibilità stessa di una polis che pretenda di reggersi su se stessa, di garantire l'unità delle sue componenti in assenza di fondamenti incrollabili. È il problema che Böckenförde ha efficacemente formulato in un enunciato divenuto celebre: «lo Stato liberale, secolarizzato, vive di presupposti che esso di per sé non può garantire»[67]. Per uscire dall'*impasse*, non basta il riferimento ai principi e ai valori costituzionali. Essi rinviano infatti a una interpretazione che resta unitaria soltanto nella misura in cui vige, finché vige, di fatto, una *opinio communis*. Se il consenso dei soggetti è l'unico fondamento dell'ordine, è sempre aperta la possibilità concreta del conflitto e della dissoluzione dell'unità. Restando allora ferma l'impossibilità di un ritorno a una fondazione forte e sostantiva dell'ordine[68], è comprensibile che si faccia strada l'esigenza di una fede condivisa, di una religione civile, che dia all'ordine una (altrimenti impossibile) unità[69].

Ancora una volta, emergono, come tratti dell'ordine moderno nell'orizzonte della secolarizzazione, due caratteristiche che appaiono ricorrenti, pur nell'affollarsi di teorie fra loro incompatibili: da un lato, si insiste sulla fragilità e sulla precarietà dell'ordine moderno, mentre, dall'altro lato, si postula che l'ordine si presenti come una totalità unitaria e durevole.

Potremmo allora interrogarci, conclusivamente, sulla possibile complementarità di questi due tratti. Potremmo chiederci insomma se la denuncia della fragilità e della problematicità dell'ordine secolarizzato sia l'effetto ultimo di una tendenza tanto costante quanto implicita: la tendenza a ricondurre la sfera politica nell'*hortus conclusus* di un ordine che per

[67] E.-W. Böckenförde, *La nascita dello Stato come processo di secolarizzazione* (1967), in E.-W. Böckenförde, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, a cura di G. Preterossi, Roma - Bari 2007, p. 53.

[68] Cfr. G. Preterossi, *Prefazione*, in E.-W. Böckenförde, *Diritto e secolarizzazione*, pp. IX-X. Cfr. anche A. Lattarulo, *Stato e religione: gli approdi della secolarizzazione in Böckenförde e Habermas*, Bari 2009.

[69] Cfr. E.-W. Böckenförde, *Osservazioni sul rapporto fra Stato e religione in Hegel*, in E.-W. Böckenförde, *Diritto e secolarizzazione*, cit., p. 81, e, dello stesso autiore si vedano, *Il futuro dell'autonomia politica*, in E.-W. Böckenförde, *Diritto e secolarizzazione*, cit., p. 223 e *Lo Stato secolarizzato, la sua giustificazione e i suoi problemi nel secolo XXI*, in G.E. Rusconi (ed), *Lo Stato secolarizzato nell'età post-secolare*, cit., pp. 31-53. Sulla religione civile cfr. le interessanti considerazioni di G.E. Rusconi, *Possiamo fare a meno di una religione civile?*, Roma - Bari 1999.

essere tale, per svolgere la sua funzione, deve essere contrassegnato dai caratteri dell'unitarietà e della stabilità. Identificato con un sistema di norme oppure promosso da una decisione sovrana, chiuso nell'immanente sacralizzazione di se stesso oppure sostenuto dall'afflato religioso dei suoi membri, l'ordine sembra vivere della sua contrapposizione alla molteplicità e all'instabilità: pensare l'ordine sembra in sostanza pensare l'unico possibile baluardo contro il nulla[70].

Pensare l'ordine nell'orizzonte della secolarizzazione potrebbe allora essere l'espressione di uno sforzo che non si esauriva nella messa a punto di categorie chiare e distinte, ma attingeva a uno strato «precategoriale»[71], a un substrato metaforico o mitico, a una metafora assoluta[72] che imprimeva al lavoro del logos la sua direzione di senso: presentare come controllabile, attraverso l'immagine di un ordine unitario e durevole, l'imprevedibile fluire della realtà; far fronte alla paura «dinanzi all'ignoto e all'innominato», sconfiggere «l'assolutismo della realtà»[73], trasformare l'inquietante casualità e molteplicità del reale nello splendore di una città, magari 'invisibile', ma perfettamente ordinata.

[70] Cfr. F. Volpi, *Il nichilismo*, Roma - Bari 2004.

[71] R. Bodei, *Introduzione*, in H. Blumenberg, *La leggibilità del mondo*, Bologna 1984, p. 21.

[72] Nel senso definito da H. Blumenberg, *Paradigmi per una metaforologia* (1960), Bologna 1969. Cfr. A.R.B. Maj (ed), *Hans Blumenberg e la teoria della modernità*, in «Discipline Filosofiche», 11, 2001, 11, p. 1.

[73] H. Blumenberg, *Elaborazione del mito*, Bologna 1991, p. 35. Cfr. A. Rivera García, *La filosofía del mito de Hans Blumenberg. De la politización del mito al esteticismo moderno de la realidad*, in «Analecta malacitana», 27, 2004, 1, pp. 32-63.

*Résumé*

«Princeps imago Dei»? Das Problem der Souveränität vor dem Horizont der Säkularisierung

Dieser Beitrag befasst sich ausgehend von den Überlegungen von Schmitt, Kelsen und Voegelin mit dem Zusammenhang zwischen der Theorie der Säkularisierung und dem Problem von Herrschaft und Ordnung.

Der berühmte Satz, laut welchem «Alle prägnanten Begriffe der modernen Staatslehre ... säkularisierte theologische Begriffe» sind, stammt von Schmitt. Er ist daran interessiert, die modernen rechtspolitischen Begriffe zu entziffern, indem er deren theologischen Hintergrund als für sie einflussreich aufzeigt. Sein Ziel ist es, das Nicht-Gesagte der Moderne zu verdeutlichen, deren vergessenen oder okkulten Inhalt. Für Schmitt, ist das Nicht-Gesagte, das die politische Theologie wiedererlangen und thematisieren muss, das Bild einer ungebundenen und entschlussfähigen Macht, die effizient eine ansonsten unmögliche (und überdies ständig vom Ausnahmezustand bedrohte) Ordnung aus dem Nichts schaffen kann. In einer endgültig ent-heiligten und ernüchterten Welt ist allein eine teuflische Souveränität das *kat'echon*, nämlich die (vom Apostel Paulus evozierte) Macht, die die endgültige Auflösung verhindern (oder bremsen) kann.

Für Kelsen hingegen sind Ordnung und Regelsystem tendenziell deckungsgleich. Kelsens Perspektive steht jener von Schmitt diametral gegenüber. Freilich konstatieren die beiden Juristen das zunehmende In-Vergessenheit-Geraten des Heiligen in der modernen Welt und betonen die enge Beziehung zwischen Theologie und juristischem Wissen.

Für Kelsen dechiffrieren die archaischen Kulturen die Welt nach elementaren Schemata: die Personifizierung, die Hypostasierung und die Verdoppelung. Diese kognitiven Schemata bleiben der Grundstock der christlichen Theologie und führen zu einem Dualismus, der Gott der Welt gegenüberstellt. Das juristische Wissen folgt einem ähnlichen Modell: der Staat spielt gegenüber dem Recht dieselbe Rolle, die Gott der Schöpfer gegenüber dem Erschaffenen spielt; sie bieten eine personifizierte Darstellung der Einheit des Gegenstandes. Kelsen muss diesen dualistischen Ansatz überwinden und jede archaische Personifizierung und Hypostasierung der Begriffe vermeiden: Staat und Recht müssen identifiziert und eine Staatslehre «ohne Staat» gegründet werden.

Für Kelsen schreiten also Säkularisierung und Moderne in ein und dieselbe Richtung: vom Heiligen zum Weltlichen, vom Mythos zum Logos, von

der Autokratie zur Demokratie. Ganz anders ist hingegen für Schmitt die säkularisierte Moderne vom perversen Triumpf der Technik und der Illusion eines autarken juristischen Gefüges charakterisiert. Darauf muss reagiert werden: das Risiko Verfall muss öffentlich aufgedeckt werden, und ein Herrscher wird nötig, der durch die Kontrolle von Ausnahmesituationen und die Ortung des Feindes Ordnung schaffen kann.

Sowohl für Schmitt als auch für Kelsen ist das Problem der Ordnung vor einem inzwischen endgültig ent-sakralisierten Hintergrund anzusiedeln. Voegelin sieht andererseits in der Moderne, genau weil sie in den Säkularisierungsprozess einbezogen ist, eine ihr spezifische religiöse Dimension. Für ihn treibt die Säkularisierung, in dem Moment in dem sie die Beziehung zur Transzendenz abbricht, in Richtung einer innerweltlichen Re-Sakralisierung der politischen Ordnung.

Sichtbar wird freilich aus der Gegenüberstellung so verschiedener Autoren der problematische Charakter der Ordnung (heute hervorgehoben von Ernst-Wolfgang Böckenförde) vor dem Hintergrund der Säkularisierung.

Abschließend scheint sich bis heute hartnäckig ein doppelter Aspekt zu halten: einerseits, die Zerbrechlichkeit und Problemhaftigkeit der säkularisierten Ordnung; und andererseits die Tendenz, die politisch-soziale Phänomenologie auf eine Ordnung zurückzuführen, die – um eine solche sein und ihre Funktion ausüben zu können – von Einheitlichkeit und Stabilität gekennzeichnet sein muss. Welche auch immer die Inhalte sein mögen, die von Mal zu Mal der Ordnung zugeschrieben werden, sie scheint trotzdem eine bestimmende Wertigkeit besitzen zu müssen: jene, der Vielfalt und der Unbeständigkeit die Stirn bieten zu können, und überzeugend als einzig mögliches Bollwerk gegen den Taumel des Nichts aufzutreten.

Es ließe sich also annehmen, dass die vielen vor dem Hintergrund der Säkularisierung sichtbar gewordenen Bilder der Herrschaft und der Ordnung trotz ihrer Unterschiedlichkeit oder gegenseitigen Unvereinbarkeit mindestens eine nicht notwendigerweise klar zum Ausdruck gebrachte, aber anwesende und dringliche Forderung gemein haben: sie greifen auf eine 'präkategoriale' Schicht zurück, auf ein metaphorisches oder mythisches Substrat, das der Arbeit des *logos* seine Richtung aufprägt und sich in die Idee einer einheitlichen und dauernden Ordnung umsetzt, die das unvorhersehbare Fließen der Realität zügelt und kontrolliert.

*Übersetzung von Friederike Oursin*



# Zum Einfluss der Konfessionalisierung auf das Ius publicum des Reichs

von *Martin Heckel*

## I. Der Zerfall der mittelalterlichen Rechtseinheit seit der Reformation

### 1. *Die Aufspaltung in drei divergente Rechtsordnungen*

Das tiefe geistliche Ringen um den wahren Glauben, die echte Buße, das wirkliche Heil, die rechte Lehre führte nach Ausbruch der reformatori-

Hinsichtlich der Quellen und Literatur zum historischen Teil verweise ich auf die eingehenden Nachweise in M. Heckel, *Gesammelte Schriften. Staat Kirche Recht Geschichte* (künftig *GS*), Bd. 1/2, Tübingen 1989, Bd. 3/4, Tübingen 1997, Bd. 5, Tübingen 2004, insbesondere in den Studien: *Autonomia und Pacis Compositio. Der Augsburger Religionsfriede in der Deutung der Gegenreformation*, in «Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte» (künftig «ZRG») 76, Kan. Abt., 45, 1959, S. 142-248 (*GS* 1/2, S. 1-82); *Parität*, in «ZRG», 80, Kan. Abt. 49, 1963, S. 261-420 (*GS* 1/2, S. 106-226); *Itio in partes. Zur Religionsverfassung des Heiligen Römischen Reichs Deutscher Nation*, in «ZRG», 95, Kan. Abt. 64, 1978, S. 180-308 (*GS* 1/2, S. 636-736); *Die reichsrechtliche Bedeutung des Bekenntnisses*, in M. Brecht - R. Schwarz (Hrsg.), *Bekenntnis und Einheit der Kirche, Studien zum Konkordienbuch*, Stuttgart 1980, S. 57-88 (*GS* 1/2, S. 737-772); *Weltlichkeit und Säkularisierung. Staatskirchenrechtliche Probleme in der Reformation und im Konfessionellen Zeitalter*, in B. Moeller, *Luther in der Neuzeit* (Schriften des Vereins f. Reformationsgeschichte, 192), Gütersloh 1983, S. 34-54 (*GS* 1/2, S. 912-933); *Die Krise der Religionsverfassung des Reiches und die Anfänge des Dreißigjährigen Krieges*, in K. Repgen (Hrsg.), *Krieg und Politik 1618-1648* (Schiften des Historischen Kollegs. Kolloquien, 8), 1988, S. 107-131 (*GS* 1/2, S. 970-998); *Reichsrecht und «Zweite Reformation»: Theologisch-juristische Probleme der reformierten Konfessionalisierung*, in H. Schilling (Hrsg.), *Die reformierte Konfessionalisierung in Deutschland* (Schriften des Vereins für Reformationsgeschichte, 195), Gütersloh 1986, S. 11-43 (*GS* 1/2, S. 999-1032); *Die Wiedervereinigung der Konfessionen als Ziel und Auftrag der Reichsverfassung im Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation*, in H. Otte - R. Schenk (Hrsg.), *Die Reunionsgespräche im Niedersachsen des 17. Jahrhunderts*, 1999 (*GS* 3/4, S. 179-203); *Das Problem der «Säkularisation» in der Reformation*, in I. Crusius (Hrsg.), *Zur Säkularisation geistlicher Institutionen im 16. und im 18./19. Jahrhundert*, Göttingen 1996, S. 31-56 (*GS* 3/4, S. 204-229); *Konfession und Reichsverfassung. Bekenntnisbildung und Bekenntnisbindung in den Freiheitsgarantien und der Verfassungsorganisation des Reichs seit der Glaubensspaltung*, in P. Prodi (Hrsg.), *Glaube und Eid* (Schriften des Historischen Kollegs. Kolloquien, 28), München 1993, S. 69-96 (*GS* 3/4, S. 230-261); *Religionsbann und landesherrliches Kirchen-*

schen Bewegung rasch – und unwiderruflich – zum Zerfall der universalen mittelalterlichen Einheit von Glaube, Recht, Kirche, Reich und aller Obrigkeit. Einerseits spalteten sich die 'evangelischen' Kirchenordnungen

*regiment*, in H.-Chr. RUBLACK (Hrsg.), *Die lutherische Konfessionalisierung in Deutschland* (Schriften des Vereins für Reformationsgeschichte, 197), Gütersloh 1992, S. 130-162 (*GS* 3/4, S. 262-293); *Die katholische Konfessionalisierung im Spiegel des Reichskirchenrechts*, in W. REINHARD - H. SCHILLING (HRSG.), *Die katholische Konfessionalisierung* (Schriften des Vereins für Reformationsgeschichte, 198), Gütersloh 1995, S. 184-227 (*GS* 3/4, S. 294-335); *Die Veränderungen des kanonischen Rechts durch die Reformation und die Religionsverfassung des Alten Reiches*, in H. BOOCKMANN u.a. (Hrsg.), *Recht und Verfassung im Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit* (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften Göttingen. Phil.-hist. Klasse, 3. Folge, 228), Göttingen 1998, S. 25-67 (*GS* 3/4, S. 336-381); *Die Religionsprozesse des Reichskammergerichts im konfessionell gespaltenen Reichskirchenrecht*, in «ZRG», 108, Kan. Abt. 77, 1991, S. 283-350 (*GS* 3/4, S. 382-440); *Die Neubestimmung des Verhältnisses von Staat und Kirche im 19. Jahrhundert*, in R. MUSSGNUG (Hrsg.), *Entstehung und Wandel verfassungsrechtlichen Denkens* (Der Staat, Beiheft 11), Berlin 1996, S. 165-194 (*GS* 3/4, S. 441-470); *Kulturkampfaspekte. Der Kulturkampf als Lehrstück modernen Staatskirchenrechts*, in D. SCHWAB u.a. (Hrsg.), *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralen Gesellschaft. Festschrift für Paul Mikat*, Berlin 1989, S. 545-563 (*GS* 3/4, S. 471-489); *Der Einfluß des christlichen Freiheitsverständnisses auf das staatliche Recht*, in H. MARRÉ u.a. (Hrsg.), *Das christliche Freiheitsverständnis in seiner Bedeutung für die staatliche Rechtsordnung* (Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, 30) Münster 1996, S. 82-135 (*GS* 3/4, S. 490-550); *Zu den Anfängen der Religionsfreiheit im Konfessionellen Zeitalter*, in M. ASCHERI u.a. (Hrsg.), *«Ins Wasser geworfen und Oceane durchquert». Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*, Köln - Wien 2003, S. 349-401 (*GS* 5, S. 81-134); *Ius reformandi*, in I. DINGEL u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Gottfried Seebaß*, Gütersloh 2002, S. 75-126 (*GS* 5, S. 135-184); *Das Restitutionsedikt Kaiser Ferdinands II. vom 6. März 1629*, in G. KÖBLER - H. NEHLSEN (Hrsg.), *Wirkungen europäischer Rechtskultur. Festschrift für Karl Kroeschell*, München 1997, S. 351-376 (*GS* 5, S. 185-207); *Das Bekenntnis – ein Vexierbild des Staatskirchenrechts?*, in J. BOHNERT u.a. (Hrsg.), *Verfassung – Philosophie – Kirche. Festschrift für Alexander Hollerbach*, Berlin 2001, S. 657-689 (*GS* 5, S. 209-242); *Kontinuität und Wandlung des deutschen Staatskirchenrechts unter den Herausforderungen der Moderne*, in «Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht», 44, 1999, S. 340-384 (*GS* 5, S. 243-286); *Der Augsburger Religionsfriede*, in: «Juristenzeitung», 60, 2005, S. 961-970; *Konfessionalisierung in Koexistenznöten. Zum Augsburger Religionsfrieden, Dreißigjährigen Krieg und Westfälischen Frieden in neuerer Sicht*, in «Historische Zeitschrift», 280, 2005, S. 647-690; *«Zelo domus Dei»? Fragen zum Protest des Heiligen Stuhls gegen den Westfälischen Frieden*, in B.-R. KERN u.a. (Hrsg.), *Humaniora. Festschrift für Adolf Laufs*, Heidelberg 2006, S. 93-121; *Politischer Friede und geistliche Freiheit im Ringen um die Wahrheit. Zur Historiographie des Augsburger Religionsfriedens von 1555*, in «Historische Zeitschrift», 2006, 282, S. 391-425; *Vom alten Reich zum neuen Staat. Entwicklungslinien des deutschen Staatskirchenrechts in der Neuzeit*, in «Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte», 28, 2006, S. 235-278; *Von der «Religionspartei» zur «Religionsgesellschaft». Schlüsselbegriffe zum religiösen Selbstbestimmungsrecht und Selbstverständnis*, in O. DEPENHEUER u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Joseph Isensee*, Heidelberg 2007, S. 1003-1032; *Von der «Freiheit des Christenmenschen» zur pluralistischen Religionsfreiheit*, in M. HERDEGEN u.a. (Hrsg.), *Staatsrecht und Politik. Festschrift für Roman Herzog*, München 2009, S. 97-116.

in scharfer Gegensätzlichkeit ab vom 'katholischen' Kirchenrecht, das damit seine universale Geltungskraft im Abendland verlor und zu einer partikularen Kirchenordnung neben anderen herabsank. Andererseits schuf das «Reichskirchenrecht» des Alten Reichs im Augsburger Religionsfrieden 1555 eine weltliche Friedens- und Freiheitsordnung für die beiden widerstreitenden Religionsparteien. Durch seinen Vorrang überwölbte und beschränkte es die konträren Kirchenrechtsordnungen beider Konfessionen und widersetzte sich dem universalen Geltungsanspruch ihrer Kirchenlehre und Kirchengewalt. Es unterschied sich aber auch vom Territorialstaatsrecht der katholischen wie der evangelischen Territorien und Städte, die in ihrem Staatskirchentum das entgegensetzte Prinzip der Religionseinheit und der Rechtsgeltung der herrschenden, hochprivilegierten Landeskonfession verwirklichten.

Zu den Nachweisen im Ausblick auf das moderne Staatskirchenrecht verweise ich auf meine Studien: *Die Kirchen unter dem Grundgesetz* (Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 26), Berlin 1968, S. 5-56 (*GS* 1/2, S. 402-446); *Die religionsrechtliche Parität*, in E. FRIESENHAHN - U. SCHEUNER (Hrsg.), *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 1, Berlin 1974, S. 445-544 (*GS* 1/2, S. 227-323); *Der Allgemeine Gleichheitssatz im Staatskirchenrecht*, in *Handbuch des Staatskirchenrechts*, 1. Bd., 2. A, Berlin 1994, S. 589-622 (*GS* 3/4, S. 860-891); *Der Besondere Gleichheitssatz im Staatskirchenrecht*, *ibidem* S. 623-650 (*GS* 3/4, S. 892-916); *Religionsfreiheit. Eine säkulare Verfassungsgarantie* (1997), in *GS* III/IV, S. 647-859; *Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in P. BADURA - H. DREIER (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. 2, Tübingen 2001, S. 379-420 (*GS* 5, S. 303-346); *Säkularisierung. Staatskirchenrechtliche Aspekte einer umstrittenen Kategorie*, in «ZRG», 97, Kan. Abt., 66, 1980, S. 1-163 (*GS* 1/II2 S. 773-911); *Zur Ordnungsproblematik des Staatskirchenrechts im säkularen Kultur- und Sozialstaat*, in «Juristenzeitung», 49, 1994, S. 425-431 (*GS* 3/4, S. 1053-1068); *Staatskirchenrecht und Kulturverfassung des Grundgesetzes 1949-1989*, in K.W. NÖRR (Hrsg.), *40 Jahre Bundesrepublik Deutschland – 40 Jahre Rechtsentwicklung. Ringvorlesung der Tübinger Juristischen Fakultät*, Tübingen 1990, S. 1-27 (*GS* 3/4, S. 917-945); *Religionsbedingte Spannungen im Kulturverfassungsrecht*, in M.-E. GEIS u.a. (Hrsg.), *Staat – Kirche – Verwaltung. Festschrift für Hartmut Maurer*, München 2001, S. 351-379 (*GS* 5, S. 365-399); *Thesen zum Staat-Kirche-Verhältnis im Kulturverfassungsrecht*, in St. MUCKEL (Hrsg.), *Religion und Kirche im sozialen Rechtsstaat. Festschrift für Wolfgang Rüfner*, Berlin 2004, S. 189-216 (*GS* 5, S. 647-674); *Grundfragen der theologischen Fakultäten seit der Wende*, in H. DE WALL - M. GERMANN (Hrsg.), *Bürgerliche Freiheit und Christliche Verantwortung. Festschrift für Christoph Link zum 70. Geburtstag*, Tübingen 2003, S. 213-299 (*GS* 5, S. 401-484); *Theologie zwischen Staat und Kirche im freiheitlichen Verfassungsrecht*, in «Zeitschrift für Theologie und Kirche», 103, 2006, S. 95-142; *Religionsunterricht auf dem Prüfstand: Konfessionell – unkonfessionell – interreligiös – interkonfessionell – konfessionell kooperativ? Der rechtliche Rahmen des Religionsunterrichts im säkularen Verfassungsstaat*, in «Zeitschrift für Theologie und Kirche», 102, 2005, S. 246-292; *Zur Zukunftsfähigkeit des deutschen «Staatskirchenrechts» oder «Religionsverfassungsrechts»?* in «Archiv des öffentlichen Rechts» 134, 2009, S. 309-390.

## 2. *Reichsständischer und konfessioneller Dualismus des Reichskirchenrechts*

Das Reichskirchenrecht des Alten Reichs erwuchs aus der charakteristischen Verquickung von Ständekämpfen mit Religionskonflikten, die im 16. Jahrhundert viele Länder Europas erschütterte. Im Alten Reich jedoch verfestigte sie sich schicksalhaft auf Dauer, weil es in zwei Wellen von der «ständischen Reichsreform» unter Maximilian I. und eine Generation später von der «lutherischen Reformation »überrollt wurde, die sich mit manchen Interferenzen vermischten und verstärkten, aber auch verfremdeten und verwirrten. Die Reichsreform hatte 1495 den «ewigen Landfrieden» aufgerichtet, weltliche Fehden strikt verboten, das Reichskammergericht und die Exekutionsordnung geschaffen, den Reichstag reorganisiert, den Territorialobrigkeiten als Reichsständen entscheidende Mitgestaltungsrechte an der Reichsgewalt eingeräumt und dadurch den Gegensatz zwischen dem Kaiser und den Reichsständen verfassungsrechtlich verfestigt, bevor sich die weltlichen Spannungen nach Luthers Auftreten mächtig mit der konfessionellen Kontroverse aufluden. Die Reformation wiederum hat die ständische Reichsverfassung erheblich gestärkt, weil die europäische Zeitströmung zur absolutistischen Monarchie im Reich auf den doppelten Widerstand des reichsständischen und des religiösen Selbstbehauptungswillens stieß.

Die 'Struktur' der Reichsverfassung beruhte seit 1555 darauf, dass sich der «reichsständische Dualismus» und der «konfessionelle Dualismus» überlagerten, verstärkten und einander über Kreuz im labilen Gleichgewicht hielten. Diese Grundkonstellation durchzieht das Normgefüge des Religionsfriedens und seine gesamte Wirkungsgeschichte. Sie überdauerte mit ihrer empfindlichen Balance alle Krisen des Reichs, bewirkte im 30-jährigen Krieg die Entlassung Wallensteins und wurde 1648 im Westfälischen Frieden bekräftigt und verfestigt. Sie bestimmte als Konstante die Entwicklung des Reichs bis zu seinem Ende 1806. Das Reich geriet damit in einen scharfen Gegensatz zum kirchlichen Recht.

## 3. *Der Bruch des kanonischen Rechts durch das Reichskirchenrecht*

Das Reichskirchenrecht der Friedensschlüsse von 1555 und 1648 widersprach damit flagrant dem Kanonischen Recht und missachtete brüsk die – auf göttliches Recht zurückgeführte – *potestas iurisdictionis* des Papstes. Die Kirche als Institution war daran verfahrensmäßig nicht beteiligt; sie kam im Reichskirchenrecht nur als Objekt reichsrechtlicher Verfügung vor, deren Güter und Ämter die beiden Religionsparteien unter sich aufteilten.

Und inhaltlich hat das Reichskirchenrecht die Geltung des katholischen Kirchenrechts auf breiter Front gebrochen und seine unerhörten Verluste an die Protestanten bestätigt und auf Dauer besiegelt. Die Entscheidung über das Bekenntnis und die kirchlichen Angelegenheiten wurde den alten Kirchengewalten entzogen und den Reichsständen überantwortet, die sich im Reich zu straffen geistlich-weltlichen Organisationen, den «Religionsparteien», formierten. Das Reichskirchenrecht führte so zu einer revolutionären Politisierung und «weltlich-juristischen Überfremdung» der geistlichen Anliegen, die der historische Rückblick nicht romantisch verklären sollte.

Aufschlussreich ist die Terminologie. Das Reichsrecht sprach deshalb 1555 und ebenso 1648 nicht von «Kirche», sondern nur von den «Religionsparteien» und regelte konsequent und präzise in § 19 *AR* und Art. V § 14, 25, 26 *IPO* nur ihren «Besitz», ihre *possessio*, weil das Eigentum und die rechte Widmung nur der wahren Kirche für den wahren Glauben zustand und das Reich diese Frage nicht entscheiden konnte und wollte. Infolge des Glaubenszwiespalts konnte das Reich nicht mehr sagen, was und wo wirklich «die Kirche» war und was ihr gehörte. Das Reichsrecht brachte die Kirche juristisch nicht mehr auf den Begriff.

### 4. *Doppelschichtigkeit des Staatskirchenrechts im Alten Reich*

So kam es zur «Doppelschichtigkeit» des deutschen Staatskirchenrechts im Konfessionellen Zeitalter: Im «Reichs»kirchenrecht galten die rechtliche Neutralität, Parität, Relativierung des konfessionellen Absolutheitsanspruchs, bikonfessionelle Öffnung seiner Rechtsbegriffe und Institutionen. Im «Territorial»kirchenrecht jedoch herrschten die prinzipielle Konfessionseinheit, Imparität und Absolutheitsgeltung der katholischen oder evangelischen Landeskonfession in deren exklusiver Alternative. Aber diese beiden gegensätzlichen Systeme waren widerspruchsfrei und kunstvoll ineinandergefügt, denn das («moderne») paritätische Reichsrecht bot durch den Religionsfrieden die Rechtsgrundlage für den Fortbestand, ja für die Intensivierung der («mittelalterlichen») Einheitsidee von Kirche und Obrigkeit, Glaube und Recht durch die Territorialgewalt. Gerade dadurch schufen sich die Reichsstände paradox und effizient die Voraussetzungen zur modernen Staatsbildung auf der Ebene der Territorien, während das Reich in den vorstaatlichen Strukturen des ständischen und konfessionellen Dualismus verharrte. Die Doppelschichtigkeit des Staatskirchenrechts gab der politischen wie der juristischen Strategie Raum für raffinierte und undurchsichtige taktische Spiele.

## 5. *Die Suche nach dem gültigen Recht – Bekenntnis- oder Friedenssicherung?*

Der Zerfall der Rechtseinheit warf seit den Anfängen der Glaubensspaltung die Schicksalsfrage auf: Auf welcher Seite war «das Recht» und was bedeutete es eigentlich inhaltlich? Was hieß hier Rechtsgeltung und Rechtsgewalt, Rechtsvollzug und Rechtsbruch? Auf welchen Fundamenten ruhte es und wo war seine letztlich entscheidende Instanz zu finden? Welche Prinzipien galten für seine Auslegung, Anwendung und Umgestaltung? Nach welchen Maßstäben – alter oder neuer Geltung, menschlicher oder göttlicher Autorität und Bindungskraft – waren Begriff und Zweck, Inhalt und Geltungsbereich, Verpflichtungskraft und Grenze der rechtlichen Normen und Instanzen zu bemessen? Die Fragen der Legalität und der Legitimität des Rechts verwirrten sich im Strudel der Glaubenskämpfe und drohten in juristischen Aporien unterzugehen.

In den wechselvollen Auseinandersetzungen zwischen dem Thesenanschlag Luthers 1517 und dem Augsburger Religionsfrieden 1555 kristallisierte sich – spannungsgeladen und konfliktsträchtig – als «Doppelziel» des Rechts heraus: Einerseits sollte es die «Bekenntnisentfaltung» und andererseits den «weltlichen Frieden» zwischen den feindlichen Konfessionen sichern. Gemäß dem ersten Ziel der Bekenntnisverwirklichung waren alle Kirchenämter und Kirchengüter, kirchlichen Normen und weltlichen Schutzfunktionen ausschließlich zur Entfaltung und Erhaltung des wahren Glaubens und wahren Kirchenwesens im Dienst der reinen Verkündigung der Offenbarung Gottes für das Heil der Gläubigen bestimmt. Doch das zweite Ziel der Friedenssicherung zur eigenen Existenzerhaltung drängte sich für beide Konfessionen bald konkurrierend in den Vordergrund, erzwungen durch die harten Realitäten. So rangen sich beide Religionsparteien unter mancherlei Kautelen und Vorbehalten zur Garantie des weltlichen Friedens in kirchlicher Koexistenz als legitimer Aufgabe des Rechts durch, als sie erkannten, dass sich die Rechtseinheit im wahren Glauben – einstweilen – nicht herstellen ließ.

Der Zerfall der Rechtseinheit hat die Zeitgenossen tief irritiert, aber auch der Historiographie das Verstehen der Rechtsentwicklung bis heute schwer gemacht.

## II. Das Recht im Kreuzfeuer religiöser Absolutheitsansprüche

### 1. *Die Wahrheitsfrage im Alten Reich*

«Aus Liebe zur Wahrheit und um sie zum Leuchten zu bringen, werden die folgenden Thesen zur Disputation gestellt», begann der Vorspruch Martin Luthers zu seinen 95 Ablass-Thesen 1517 – «amore et studio elucidande veritatis hec subscripta disputabuntur Wittenberge, Presidente R.P. Martino Luther». Das Ringen um die Wahrheit in der Theologie und Kirche war damit im Fanfarenstoß mit immensem Widerhall als großes Thema des Zeitalters formuliert.

Die religiöse Wahrheitsfrage war auch das Kernproblem des Kirchen- und Staatskirchenrechts. Denn beide Konfessionen erhoben den Anspruch, die Wahrheit des göttlichen Gebots und Heilsangebots durch ihr Bekenntnis und ihre Verkündigung rein zu bezeugen und zu bekennen und so die wahre Kirche Christi durch ihr Kirchenwesen zur Wirksamkeit zu bringen. Deshalb bestritten sie – im Prinzip, soweit dies faktisch durchsetzbar war – der Gegenseite das gleiche Recht zur Entfaltung ihrer als irrig verworfenen Glaubenslehren und zum Gebrauch der kirchlichen Ämter, Einrichtungen und Güter, weil diese allein der wahren Kirche Christi gewidmet seien und zustünden. Gerade diese Einheits- und Identitätsbehauptung trieb beide Konfessionen umso tiefer in die Trennung. Das zog auch alle Reichs- und Territorialgewalten unausweichlich in den Strudel ihrer – weltlich unlösbaren – geistlichen Konflikte.

An der Wahrheitsfrage zerbrach folglich die Einheit des Abendlandes nicht nur im Glauben, sondern auch im Recht. An ihr schieden sich das Kirchenrecht der beiden Konfessionen und das Reichskirchenrecht unter wechselvollen Krisen und Kämpfen in schmerzhaften Ablösungsprozessen. Durch den Religionsfrieden 1555 wurde die Spaltung des Reichs in katholische und evangelische Territorien unter dem Dach des Reichsverbands faktisch verfestigt und normativ auf Dauer festgeschrieben:

### 2. *Die kontroverse Konfessionalisierung des Kirchenrechts*

Im 'Kirchenrecht' der Evangelischen und der Katholiken fand die Wahrheitsfrage eine scharf gegensätzliche Antwort durch das evangelische und durch das katholische 'Bekenntnis' als das maßgebliche menschliche Zeugnis von der Offenbarung Gottes, was eine intensive bekenntnismäßige Ausformung der kirchlichen Rechtsordnung nach sich zog. So wurde ihr Kirchenrecht tief geprägt durch die Bekenntnisbildung, die

Bekenntnisgegensätze und die Bekenntnisentfaltung in den kirchlichen Rechtsverhältnissen. Dadurch entwickelten sich das katholische und das evangelische Kirchenrechtsverständnis rasch immer weiter auseinander. Die in den Bekenntnisschriften formulierten theologischen Grundprinzipien bestimmten maßgebend die Interpretation des göttlichen Rechts und demgemäß den Sinn und Inhalt, die Geltungsweise und Grenze des menschlichen Rechts. Das wurde entscheidend für die Wahrung oder Aufhebung, für die Auslegung und für die Anwendung des überkommenen kirchlichen Rechts und für seine Reformen, die jeweils vom Bekenntnis begründet und durchwaltet wurden. Das begann schon früh während des Bannverfahrens gegen Luther mit dessen großen Reformschriften von 1520 und das fand seinen bleibenden Ausdruck in der lutherischen *Confessio Augustana* von 1530 und ihrer katholischen Verwerfung durch die *Professio Fidei Tridentini* von 1563. Das zeigte sich in allen Einzelfragen des kirchlichen Rechts, die in der Folge um seine Institutionen und Funktionen, Ämter und Statusverhältnisse, sakramentalen Grundlagen und materiellen Ressourcen aufbrachen, wie hier nicht auszuführen ist. Beide Konfessionen sahen ja letztlich den Grund und die Grenze allen menschlichen Rechts im *ius divinum*, das sie nach ihren Bekenntnissen unterschiedlich interpretierten. Für die Katholiken gehörten dazu vor allem auch das Papst- und Bischofsamt und ihre Hirten- und Weihegewalt, die die Evangelischen theologisch verwarfen und brüsk missachteten.

Das Bekenntnis gewann so in der Kirche und im Kirchenrecht des 16. Jahrhunderts ein Gewicht wie nie zuvor. Das hat zugleich das Recht der evangelischen und katholischen Territorien mit Vehemenz ergriffen und deren religiöse, kulturelle und soziale Ordnung tief geprägt. Das Kirchenrecht besaß staatsrechtliche Geltung im Sinn der privilegierten Landeskonfession und wurde von den Territorialgewalten obrigkeitlich durchgesetzt.

### 3. *Die Neutralisierung des Bekenntniskonflikts im Reichskirchenrecht*

Auch im 'Reich' stand die religiöse Wahrheitsfrage von Anfang an im Mittelpunkt der Rechts- und Kirchenpolitik. Aber ihre katholische Lösung durch den päpstlichen Bann und die Reichsacht über Luther von 1521 misslang trotz jahrzehntelanger eifriger Bemühungen mit dem Scheitern des Interims 1548 im Fürstenaufstand Kurfürst Moritz von Sachsen 1552.

Das «Reichskirchenrecht» ließ so seit 1555 die religiöse «Wahrheitsfrage in der Schwebe»: Es überließ ihre Entscheidung den Reichsständen jeweils für sich und für ihr Land, aber verwehrte ihnen jeden Übergriff

in fremde Kirchen- und Territorialverhältnisse durch das strikte Landfriedensgebot – Joachim Stephani hat dafür 1599 die Formel *Cuius regio – eius religio* geprägt. Denn das Reichskirchenrecht musste durch seine Friedens- und Freiheitsgarantien vor allem das weltliche Zusammenleben der beiden Religionsparteien und aller Stände im Reich sichern, die Reichseinheit und Handlungsfähigkeit der Reichsorgane wahren und deshalb auf die Durchsetzung der Konfessionseinheit verzichten. Insoweit wies es den Absolutheitsanspruch beider Bekenntnisse zurück, überlagerte ihr Kirchenrecht und brach es durch seine vorrangige Friedensordnung. Das Reich musste sich vom Kirchenrecht beider Seiten so weit lösen und abgrenzen, dass es ihre beiden gegensätzlichen Bekenntnisse trotz ihrer geistlichen Unvereinbarkeit gleichzeitig weltlich wahren und schützen konnte.

Der Religionsfrieden hat so beide Religionsparteien durch Garantien der Religionsfreiheit und -gleichheit geschützt und zugleich durch den Schutz der Gegenseite beschränkt. Die Koexistenz und die religiöse Entfaltung beider Seiten wurden durch die wechselseitige Begrenzung ihrer Freiheitsrechte gesichert. Das Reichskirchenrecht hat damit den religiösen Absolutheitsanspruch beider Konfessionen ohne direkte Konfrontation ausmanövriert und juristisch neutralisiert: Indem es ihm nachgab und ihn beiderseitig durch Freiheitsgarantien in weltlichen Schranken sicherte, hat es ihn rechtlich eingefangen und eingefriedet, separiert und domestiziert, aber zugleich die religiöse Wahrheitsbehauptung dadurch relativiert, dass auch die andere Konfession mit ihrem Widerspruch und Konkurrenzanspruch den gleichen Schutz und Status erhielt. Freiheit und Beschränkung der Religion durch die weltliche Gewalt erwiesen sich in schlüssiger Dialektik untrennbar verknüpft.

### 4. *Die Trennung und die Zuordnung der disparaten Rechtsordnungen*

Die divergenten Ziele der Bekenntnisentfaltung und der äußeren Friedenssicherung führten seit der Verfestigung der Glaubensspaltung unausweichlich zur aufgezeigten 'Trennung' des evangelischen und katholischen Kirchenrechts und beider vom Reichskirchenrecht. Über ihrer Trennung und Gegensätzlichkeit ist jedoch ihre 'Zuordnung' nicht zu übersehen. Das Reichskirchenrecht war mit dem Kirchenrecht der Religionsparteien durch komplizierte Rechtsbeziehungen von 'Schranke', 'Schutz' und 'Freiheitsgewähr' verbunden. Das große Thema der Zukunft wurde die «geistliche Freiheitsgewähr» durch «weltliche Beschränkung».

Das weltliche Religionsrecht ist als «Schrankenrecht» der weltlichen Gewalt entstanden, das – unverzichtbar – die Religionsausübung beider Religionsparteien durch sein Friedensgebot allgemein begrenzte. Die Ansätze dazu zeigten sich schon in den Zwanziger Jahren des 16. Jahrhunderts. Sie haben sich in der Folge im Ganzen kontinuierlich ausgeformt.

Andererseits ist das Reichskirchenrecht hauptsächlich als «Freiheitsrecht» zur Sicherung der Religionsausübung entstanden, das den Religionsparteien die Entfaltung ihrer Glaubensfreiheit in den Schranken der weltlichen Ordnung garantierte. Durch diese Schutzaufgabe und Freiheitssicherung nahm das Reichskirchenrecht 'Bezug' auf das Bekenntnis und das innere Kirchenrecht der konkurrierenden Glaubensgemeinschaften. Es musste ihre Besonderheiten in seinem allgemeinen weltlichen Begriffs- und Normenarsenal sachgerecht definieren und funktionsgerecht normieren. Seine Begriffe und Normen haben weitgehend einen Bezugnahme- und Verweisungscharakter. Denn religiöse Freiheit existierte nur dann, wenn die Religionsparteien jeweils das Selbstbestimmungsrecht über den Inhalt und die Bindungen ihres Bekenntnisses besaßen und ihnen nicht von der Reichsgewalt oder von der konkurrierenden Religionspartei der «wahre» Sinn ihrer Religionsfreiheit zugemessen und aufgenötigt werden konnte. Hilfreich dafür war zunächst der Föderalismus, später die naturrechtliche Korporationentheorie.

### 5. *Entzerrung des Wahrheitsstreits durch den Föderalismus*

Das «Alte Reich» löste den religiösen Absolutheitskampf nach jahrzehntelangen Wirren im Religionsfrieden von 1555 durch den «Föderalismus». Es entzerrte die streitenden Konfessionen aus ihrem Clinch vor Ort um die konkreten Klöster, Ämter, Pfründen und verteilte sie räumlich pauschal auf jeweils konfessionell einheitliche Territorien. Die ständische Reichsverfassung, das territoriale Staatskirchentum und der Föderalismus bildeten die institutionellen Instrumente der religiösen Freiheit und Parität.

Den Reichsständen wurde 1555 und 1648 freilich nur die Freiheit der Wahl zwischen dem katholischen und evangelischen Bekenntnis in strenger Alternative eingeräumt. Das strikte Verbot der Sekten und jeder Sektenunterstützung sollte die noch bestehenden Glaubensgemeinsamkeiten zwischen ihnen an der Außenfront gegenüber den Sektierern erhalten und damit den Boden für die Wiedervereinigung sichern. Das Reich blieb nach der Glaubensspaltung mithin ein christliches Reich, wenn auch mit einem tiefen Riss nicht nur in seinem Sinnverständnis des Christentums und der Kirche, sondern auch seines Reichskirchenrechts.

### 6. *Entflechtung durch Religionsgesellschaften*

Der «moderne Staat» hingegen löst den Zusammenstoß der religiösen Absolutheitsansprüche nicht mehr durch die räumliche Aufteilung der Konfessionen auf verschiedene bekenntnisbestimmte Territorien mit Hilfe des Föderalismus und des territorialen Staatskirchentums, sondern durch die juristische Aufteilung der Individuen gleicher Konfession auf verschiedene bekenntnisbestimmte «Religionsgesellschaften». Dazu bedient er sich der individuellen Religionsfreiheit und des weltlichen Korporationsmodells, verbunden mit der allmählichen Säkularisierung der Staatszwecke und -funktionen: Mit der Figur der «Religionsgesellschaft» übernahm das deutsche Staatskirchenrecht des 18. und 19. Jahrhunderts die Denkformen der aufgeklärten protestantische «Kollegialtheorie», die der Tübinger Theologe Christoph Matthäus Pfaff (1719) nach den wegweisenden Ideen Samuel Pufendorfs (1678) entwickelt hatte und die dann 1794 ihren Einzug in das preußische Allgemeine Landrecht hielten. Sie ging nicht mehr vom theologischen Begriff der einen, universalen Kirche aus, wie sie der dritte Glaubensartikel des Nicänischen Bekenntnisses seit 325 bezeugt, sondern von der Vielzahl empirisch vorfindbarer sozialer Zusammenschlüsse von Gläubigen gleichen Bekenntnisses, deren Status als «Religionsgesellschaft» der Staat zu regeln habe. So wurden die sich gegenseitig die Wahrheit des Glaubens bestreitenden Religionen im staatlichen Rechtskreis körperschaftlich organisiert, verselbständigt und entflochten – d.h. unter sich und von Staat «getrennt».

Der absolute universale Geltungs- und Heilsanspruch, den alle Religionen in ihrer Theologie und ihrem inneren, bekenntnisgemäß gestalteten Kirchenrecht erhoben (und immer erheben werden), wurde so durch die Staatsgewalt auch jetzt keineswegs frontal bekämpft, sondern im Mantel allgemeiner Religionsfreiheit und religiöser Vereinigungsfreiheit staatsrechtlich gesichert, aber auf ihre freiwilligen Mitglieder und auf deren freie Teilnahme eingegrenzt, der Übergriff auf Konfessionsfremde ausgeschlossen und die Aktivität der Religionen folglich auf ihre geistige Auseinandersetzung und auf die freie Akzeptanz der Bürger beschränkt. Der Staat verzichtete damit auf die Entscheidung der religiösen Wahrheitsfrage und überließ sie seinen Bürgern. Und damit entledigte er sich zugleich der weltlich unlösbaren Frage, welche der widerstreitenden Kirchen die wahre Kirche sei, die wahre Botschaft überbringe, das wahre Amt ausübe und das Gut der wahren Kirche Christi zu beanspruchen habe. Das Staatskirchenrecht beschränkte sich damit auf einen «weltlichen Rahmen» für die Religionsausübung seiner Bürger und ihrer Korporationen.

## III. Religionsrecht als säkulare Rahmenordnung

### 1. *Die doppelkonfessionelle Relativierung des Reichskirchenrechts*

Das Staatskirchenrecht entwickelte sich so zur offenen «weltlichen Rahmenordnung». Mit dieser religiösen Reduktion auf Rahmenstrukturen und zugleich ihrer Öffnung für konträre Konfessionen begann schon 1555 die vierhundertjährige Entwicklung zum modernen Staatskirchenrecht. Sie führte aus dem christlichen Staatskirchentum über die Aufklärung in ein pluralistisches System, das mehreren konkurrierenden Religionsparteien (bzw. Religionsgesellschaften) Schutz und Entfaltungsfreiheit ohne Verkürzung und Verfälschung durch fremde Religionen und Ideologien gewährt.

Indem der Religionsfriede 1555 allgemeine Begriffe und Normen für beide Konfessionen über Bekenntnis und Kirchenreform, Kirchengewalt und Religionsfreiheit, Konzil und Kirchenämter, Bischof und Kapitel, Pfründen und Zehnten, Schulen und Spitäler schuf, streifte das Reichskirchenrecht seine einseitige Bestimmtheit durch das römisch-katholische Bekenntnis ab. Seine Bestimmungen und Begriffe mussten fortan generell auf beide Bekenntnisse passen und deshalb in hoher Allgemeinheit den katholischen wie den evangelischen Sinn und Gebrauch von Kirchenamt und Kirchengut etc. erfassen – sie wurden dadurch 'doppelsinnig' und 'doppeldeutig'. Das lag in der Logik der Entwicklung: Die doppelte Konfessionalisierung im Reich führte zum «doppelkonfessionellen Recht» des Reichs. Das Reichskirchenrecht verlor seine alte Eindeutigkeit im katholischen Sinne, ohne eine neue Eindeutigkeit im evangelischen Sinne zu gewinnen. Es erlitt schon auf der Höhe des Konfessionellen Zeitalters – längst vor der Aufklärung – einen massiven «theologischen Substanzverlust». Seine Begriffe und Normen wurden theologisch hohl und leer. Der moderne Betrachter sieht darin eine Selbstverständlichkeit, für die Zeitgenossen aber war dies eine Revolution.

Denn als «Bekenntnis» anerkannte und schützte das Reich fortan Handlungen und Dokumente (§ 15,16 *AR*), in denen die Gegenseite keineswegs das maßgebliche Zeugnis der christlichen Gemeinde von der Offenbarung Gottes in Jesus Christus sah, sondern darin ein theologisch falsches und längst widerlegtes menschliches Machwerk, ja ein Gaukelspiel des Satans erblickte, das nicht zur Erlösung im Heil der Kinder Gottes, sondern zur Verdammnis der verführten Seelen führe. Das Reichskirchenrecht verwendete also den Begriff Bekenntnis juristisch generalisiert und formalisiert, d.h. theologisch entleert, um die scharf gegensätzlichen Bekenntnisvorstellungen beider Konfessionen zu erfassen und ihnen getrennte territoriale

Entfaltungsräume zuzuweisen. Auf die gleiche Art handelte und sprach es von den «Kirchenämtern» und vom «Kirchengut» (§ 19, 20 ff. *AR*; Art. V § 14 ss., 25 ss. *IPO*): Das Reichskirchenrecht verwendete dabei einen allgemeinen formalen Amt- und Kirchengutsbegriff, der von der theologischen Wahrheitsfrage ganz abstrahierte und alle unlösbaren theologischen Kontroversen ausklammerte, in denen sich das katholische und das evangelische Verständnis von Kirchengewalt und päpstlicher Jurisdiktion, von Ordination und Priesterweihe, allgemeinem Priestertum und sakramentaler Amtsgnade, Hierarchie und Gemeinde, Weihe und Widmung der Kirchen und Klöster unüberwindbar widersprachen. Der «Besitz» an den kirchlichen Institutionen und Vermögensmassen wurde zwischen den katholischen und evangelischen Reichsständen so aufgeteilt, wie es die politische Macht im Reich nach dem Kriegsverlauf des Dreißigjährigen Krieges und die Herrschaftsverhältnisse im Territorium erlaubten bzw. erzwangen. Im *ius reformandi* (Art. V, § 30 *IPO*) verwandte das Reich einen allgemeinen formalen Reformationsbegriff, der weder mit dem evangelischen noch mit dem katholischen Sinn von Reformation bzw. Reform gleichzusetzen war, sondern beide umfasste.

## 2. *Sicherung geistlicher Freiheit*

Doch die unbestreitbare geistliche Erosion des Reichsrechts wurde dadurch aufgewogen, dass der Religionsfriede (§ 15, 16 *AR*) den Reichsständen beider Religionsparteien exklusiv das «Selbstbestimmungsrecht» über ihre «Religion, Glauben, Kirchengebräuche, Ordnungen und Ceremonien, so sie aufgericht oder nochmals aufrichten möchten» garantierte und eine Mitsprache der Gegenseite hierüber ausschloss.

Der Schutz des geistlichen Selbstbestimmungsrechts und folglich auch die Achtung des konfessionellen 'Selbstverständnisses' beider Seiten war der Angelpunkt des Reichskirchenrechts seit der Mitte des 16. Jahrhunderts. Darauf beruhte die gesamte Religionsfriedensordnung, was ihr Zustandekommen und was die Rechtssetzung und Rechtsanwendung zu ihrem Vollzug betraf. Das Reich beschränkte sich rechtlich in den Kirchen- und Glaubensdingen auf den gemeinsamen allgemeinen Rahmen, damit die Religionsparteien in ihm die divergenten Besonderheiten ihres Bekenntnisses ungestört geistlich entfalten konnten und dabei keiner Korrektur und Vergewaltigung durch die konfessionelle Gegenfront unterlagen.

### 3. *Freiheit durch Schutz des religiösen Selbstverständnisses*

Denn die Allgemeinheit und geistliche Leere des Rahmens sollte die Besonderheit ihres Bekenntnisses und ihrer Bekenntnisbindung weder («säkularisierend») auflösen noch («ökumenisch») vermischen oder vereinigen, sondern ihr bekenntnismäßiges Kirchenwesen und Kirchenrecht in seinem geistlichen Eigenprofil schützen und vor den Eingriffen und Übergriffen ihrer Gegner bewahren. Der gemeinsame weltliche Rahmen verbürgte beiden die rechtliche Gleichheit und Freiheit zu ihrer geistlichen Eigenart. Das offene weltliche Gefäß bewahrte den darin geborgenen geistlichen Gehalt.

Nur durch den Rückzug des Reichs auf formale allgemeine Rahmenformen ließen sich die Freiheit und Gleichheit gegensätzlicher Religionen gleichzeitig gewährleisten. So verwandte das Reich im *ius reformandi* einen allgemeinen Reformationsbegriff, der sowohl den evangelischen als auch den katholischen Sinn von Reformation umfasste, aber diese weder vermischen noch verweltlichen sollte, sondern jeder Religionspartei ihr Reformations- und Reformverständnis exklusiv für ihren kirchlichen Bereich vorbehielt und damit verhinderte, dass die eine Seite ihre eigenen Reformvorstellungen auch der anderen als die «wahre» Reform(ation) aufnötigen konnte. Entsprechend benützte das Reich einen allgemeinen «Bekenntnisbegriff», der generalisierend das evangelische und das katholische Bekenntnis erfasste, aber nicht dazu bestimmt war, die Bekenntnisbindung beider aufzulösen oder ihre Inhalte zu vermengen und zu verfälschen, sondern ausschließen sollte, dass eine Religionspartei ihr eigenes partikulares Bekenntnisverständnis als allgemeingültig ausgab und damit die Bekenntnissachen der anderen im fremdkonfessionellen Übergriff vergewaltigte. Ebenso musste der allgemeine reichsrechtliche Begriff des *Konzils* als Mittel der friedlichen Glaubenseinigung (§ 25 *AR*) die verschiedenen Konzilsvorstellungen beider Religionsparteien erfassen und respektieren; es durfte den Papst weder als Herrn des Konzils anerkennen noch als seinen Angeklagten vorführen. Nach dem Reichsrecht konnten deshalb weder die Katholiken von den Evangelischen die Unterwerfung unter das Trienter Konzil verlangen, noch die Evangelischen den Katholiken die Übernahme seiner Beschlüsse verwehren, wie dies ihre Gravamina von 1566 provokativ verlangten. Und die reichsrechtlichen Reglungen über die Kirchenämter und die Kirchengüter mussten sich auf einen allgemeinen formalen Amt- und Kirchengutsbegriff zurückziehen, der sich weder mit dem katholischen noch mit dem evangelischen Verständnis identifizierte, sondern beide umfasste, aber beiden Konfessionen die Sinnbestimmung des Kirchenamts und Kirchenguts jeweils für ihr Kirchenwesen reser-

vierte. Nur dies verhütete, dass eine Religionspartei der Gegenseite den «wahren» Sinn des Amtes und des Kirchenguts nach dessen Widmung im Dienst der «wahren» Lehre und Kirche durch reichsrechtliche Religionsprozesse und Vollstreckungsmaßnahmen aufzwang, dadurch jedoch den Frieden mit den Glaubensgegnern brach, deren Widerstandsrechtsrecht provozierte und den Ausbruch des Religionskriegs riskierte, was freilich oft genug unter Bruch des Reichskirchenrechts geschah und schließlich den Dreißigjährigen Krieg erheblich mitverursachte.

### 4. *Rahmenstruktur als Schlüssel des weltlichen Religionsrechts*

Die Selbstbeschränkung der weltlichen Gewalt auf Rahmenformen zum Schutz und zur Berücksichtigung des religiösen Selbstverständnisses bot den Schlüssel zur Lösung vieler Fragen des Reichskirchenrechts seit 1555 und ebenso des modernen Staatskirchenrechts seit seiner Ausformung durch die Verfassungen im 19. Jahrhundert. Das ist die dauerhafte Lehre aus den schweren Kämpfen und Krisen des Konfessionellen Zeitalters geworden, die später im Kulturkampf und im Kirchenkampf – und heute wieder angesichts des Islam – mühsam neu zu erlernen war, weil die alten Probleme in neuen Konstellationen quälend wiederkehrten.

Auch das Bundesverfassungsgericht hat bekanntlich die Respektierung des «religiösen Selbstverständnisses» in seiner «Lumpensammler-Entscheidung» vom 16. Oktober 1968 neu entdeckt und in ständiger, fester Rechtsprechung vielfältig als Leitprinzip des freiheitlichen, pluralistischen Staatskirchenrechts bestätigt (BVerfGE 24,236 [247]; 32, 96 [106 f.]; 35, 366 [375]; 46, 73 [85]; 74, 244 [252]; 83, 341 [353]; 102, 370 [388]; 108, 282 [298 f.]). Es hat damit den totalitären Weltanschauungssystemen eine klare rechtsstaatliche Absage erteilt – ohne zu ahnen, dass dies schon im Konfessionellen Zeitalter ein Kernproblem der Reichsverfassung bildete, dessen Missachtung den Dreißigjährigen Krieg mitverursacht hatte.

Durch Schaffung einer offenen Rahmenordnung ließen sich gleichsam auf einen Schlag viele Fragen meistern, die um Einheit und Frieden, Gleichheit und Freiheit in genereller und spezieller Form aufbrachen, was hier nur kurz gestreift werden kann.

### 5. *Politische Einheit für religiöse Vielfalt*

Die Einheit des modernen Religionsrechts beschränkte sich im Ergebnis auf einen weltlichen Rahmen und dieser stand fortan im Dienst des reli-

giösen Pluralismus. Die Einheit der Staatsgewalt in Deutschland beruht seit langem nicht mehr auf der Einheit der Religion. Im Reich begann diese Entwicklung schon 1555, in den deutschen Ländern ist sie sukzessiv im 19. Jahrhundert verfassungsrechtlich vollendet worden.

### 6. *Weltlicher Friede trotz religiösen Streits*

Die Friedensproblematik zeigt das gleiche Bild. Denn der «Religionsfriede» hat sich als weltliche Rahmenreglung auf die Wahrung eines *politischen* Friedens beschränkt und den religiösen Frieden zwischen den Konfessionen 1555 vertagt und auf eine künftige Einigung in der Wahrheitsfrage verschoben. So ging der religiöse Kampf nach 1555 im Rahmen dieser äußeren, weltlichen Friedensordnung weiter, ja verschärfte sich noch in den folgenden Jahrzehnten mit der durchdringenden Konfessionalisierung aller Lebensverhältnisse. In dieser Reduktion des Friedensbegriffs seit 1555 lag eine epochale Wende, denn der Friede mit Gott und in der wahren Kirche galt bislang als Voraussetzung des Friedens in der Welt. Das hatte die katholische Theologie seit den Tagen der Kirchenväter, vor allem seit Augustin, und später auch das kanonische Recht den Obrigkeiten als erste Pflicht eingeschärft. Im Ablassstreit kam Karl V. dieser Friedenspflicht alsbald als «Vogt» und «Schirmherr» der Kirche dadurch nach, dass er die Reichsacht auf den Kirchenbann setzte.

Die Verselbständigung der politischen Friedensordnung hatte freilich historisch zwiespältige Folgen. Der politische Friede sollte – das war das Ziel König Ferdinands und vieler Reichsstände bei den Religionsfriedensverhandlungen in Augsburg 1555 – als erstes ein Fundament äußerer Rechtssicherheit schaffen, um darauf ohne Zwang das Werk der Glaubens- und Kircheneinheit errichten zu können. Zuerst musste die weltliche Einheit des Reichs gesichert werden, um dann die geistliche Einheit wiederzuerlangen. Aber das Nahziel hat das Fernziel bald verdeckt und dann ganz verdrängt. Als sie sich äußerlich gesichert wussten, haben sich beide Seiten im politischen Frieden verschanzt und das Bekenntnis des Gegners verschärft mit den Kanonaden ihrer Kontroverstheologie überzogen. So hat der weltliche Friede geistlich kontraproduktiv gewirkt.

### 7. *Gleichheit des Rechts mit Ungleichheit der Auswirkungen*

Die Allgemeinheit und Gleichheit der Garantien und Schranken des Reichskirchenrechts im alten Reich (wie auch des Staatskirchenrechts im neuen Staat) beschränkten sich ebenfalls auf den «weltlichen Rahmen»:

Nur dieser weltliche Rahmen war allgemein und gleich, um die theologische Verschiedenheit der Bekenntnisse und Religionsausübungsformen gemäß dem theologischen Selbstbestimmungsrecht und Selbstverständnis der Religionsgemeinschaften gleichmäßig zu achten und zu schützen – nicht aber um diese inhaltlich («säkularisierend») gleichzuschalten oder («ökumenisch») zu nivellieren oder zu fusionieren.

Die Paritätsgarantie des alten Reichskirchenrechts und ebenso die allgemeine Gleichheitsgarantie des modernen Staatskirchenrechts nötigten eben – wegen ihres Rahmencharakters – keineswegs zu der einst wie noch heute von vielen Seiten befürchteten Gleichschaltung und Auflösung ihres geistlichen Profils. Rechtsgleichheit verlangte dabei 'materielle' Parität der weltlichen Rahmenordnung – also die gleichmäßige und gleichwertige Behandlung der Religionen, nicht die formale, sach- und freiheitswidrige Gleichmacherei ihrer unterschiedlichen religiösen Lehren, Institutionen und Handlungsformen. Die formale Gleichbehandlung bildete oftmals nur den schlitzohrigen Vorwand und hinterhältigen Grund für massive Verstöße gegen das Gebot echter, materieller Parität – wenn eine Partei die andere offen vergewaltigte oder versteckt überlistete, indem sie die gemeinsamen, formal gleichen Rechtsformen nach ihren einseitigen eigenen religiösen Maßstäben ausgestaltete und interpretierte, dadurch der Gegenseite fremde Konfessionsprinzipien überstülpte oder unterschob und so deren Gleichheits- und Freiheitsrechte verletzte, was beide immer wieder versuchten und oft erfolgreich verschleierten. Um diese Fragen haben die Religionsparteien nach 1555 bis lange nach dem Westfälischen Frieden erbittert und raffiniert gerungen und sich gegenseitig Sand in die Augen gestreut.

In vier Jahrhunderten hat das Staatskirchenrecht gelernt, dass sich allgemeine – religiös abstrahierte – weltliche Rahmennormen am besten dazu eigneten, die unterschiedlichen konfessionellen Anliegen der religiösen Gruppen übergreifend zu erfassen und vor dem verfälschenden und zerstörenden Übergriff fremder Religionen und Weltanschauungen zu sichern, weil sie die Vergewaltigung nach fremden partikularen Maßstäben und Zielen ausschlossen.

Überdies lehrt die Rechtshistorie wie auch die Rechtsdogmatik: Gleiche Rechtsnormen äußern zumeist unterschiedliche Wirkungen, weil die Betroffenen ihre gleichen rechtlichen Möglichkeiten mit verschiedener Zielrichtung und Kraft, Intensität und Effektivität nutzen können, weshalb die Rechtsgleichheit selbst gleichsam «automatisch» enorme faktische und rechtliche Verschiedenheiten produziert. «Rechtsgleichheit differenziert!»

Die Verschiedenheit der Ergebnisse des Gleichheitsgebots ist in der Rechtsordnung selbst angelegt und durch sie legitimiert. Sie darf nicht als systemwidrige Ausnahme oder als verfassungswidrige «Privilegierung» diskreditiert werden. Denn Rechtsgleichheit war mit Freiheit eng verbunden:

### 8. *Säkulare Rahmenstruktur der Religionsfreiheit und ihrer Schranken*

Auch die Religionsfreiheit gewann seit 1555 einen weiten weltlichen «Rahmencharakter», der im Konfessionellen Zeitalter die beiden großen Bekenntnisse, seit der Aufklärung aber schrittweise alle Religionen und Weltanschauungen generell und gleich umfasste – doch keineswegs mit dem Ziel, sie alle im großen weltlichen Topf zu vermischen, aufzulösen und zu verweltlichen, sondern um jeweils die spezielle Religion der Individuen und Religionsgemeinschaften vor Störung und Verfälschung seitens konkurrierender Gruppen und der Staatsgewalt zu sichern. Der Religionsbegriff der staatlichen Religionsfreiheitsgarantie wurde damit zum generellen Rahmenbegriff mit einer – freilich nicht unbegrenzten – Bezugnahme- und Verweisungsfunktion auf die spezielle Religion der Berechtigten.

Was sie als ihren Glauben, als ihr Bekenntnis und als ihre Religionsausübung praktizieren wollten, sollte im Alten Reich nach § 15 und 16 des Religionsfriedens den beiden anerkannten Religionsparteien, im modernen Staatskirchenrecht durch die allgemeine Religionsfreiheitsgarantie allen Individuen und Religionsgemeinschaften in freier Selbstbestimmung nach ihrem je eigenen Verständnis von Gott und der Welt eingeräumt sein, ohne der restaurativen Korrektur oder progressiven Reform durch fremde Mächte zu unterliegen. Den Sinn und Inhalt ihres Glaubens – etwa der evangelischen *Confessio Augustana* von 1530 oder der katholischen *Professio Fidei Tridentini* von 1563 oder heute des Koran – zu bestimmen, stand allein ihnen nach ihrem religiösen Selbstverständnis zu, nicht aber anderen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften nach deren fremdem Maßstab, mochten sie sich auch auf ihr «richtigeres», «höheres» Bewusstsein berufen. Das wurde zur beherrschenden Zentralfrage der Rechtsentwicklung, um die Jahrhunderte lang erbittert gerungen wurde.

Als offene weltliche Rahmenform geriet die Religionsfreiheit in den Sog zur generellen säkularen «Erweiterung ihres Schutzbereichs» und zur Zurücknahme ihrer Schranken auf die allgemeinen säkularen Rahmenbedingungen religiöser Koexistenz. Sobald Freiheit – etwa im *ius reformandi* und ius emigrandi – für bestimmte Berechtigte gewährt wurde, beflügelte dies die Tendenz, sie auf weitere Richtungen und Gruppen zu erstrecken

und die überkommenen religiösen Bindungen zu lockern, also spezielle religiöse Privilegien in allgemeine säkulare Freiheitsrechte umzuwandeln, die mit der Freiheit die Gleichheit vorantrieben.

Auch die 'Schranken' der Religionsfreiheit weiteten und wandelten sich zu weltlichen, religiös offenen Rahmenstrukturen des Staatskirchenrechts. Das Alte Reich musste den religiösen Absolutheitsanspruch der beiden Religionsparteien durch die bikonfessionellen Freiheits- und Friedensgarantien paritätisch neutralisieren und weltlich ausbalancieren. Verfahrensrechtlich schloss die *itio in partes* die konfessionelle Majorisierung des Gegners aus (Art. V, § 52 *IPO*).

## 9. *Zu den Ursprüngen der Religionsfreiheit im «ius publicum» des Alten Reichs*

Manche populären Deutungen der Religionsfreiheit und ihrer Ursprünge erscheinen deshalb fragwürdig, so verbreitet sie unter Historikern sind.

Nicht die religiösen Individualisten, nicht die Schwärmer und Spiritualisten des 16. Jahrhunderts, nicht der religiöse Skeptizismus in den Kreisen der Humanisten, nicht die Staatsräson der Politiker aus den Hugenottenkriegen, nicht das «Natürliche System» der Geisteswissenschaften und die Naturrechtsidee des Neustoizismus im 17. Jahrhundert, nicht erst die Ideen der Aufklärungsphilosophie des 18. Jahrhunderts bildeten die ursprüngliche Ursache und den tragenden Grund der Religionsfreiheitsgarantie in der Entwicklung des deutschen Verfassungsrechts, so sehr sie alle ihren Anteil zu deren Erweiterung beigesteuert haben. Religionsfreiheit – als spezifische Rahmenform des weltlichen Rechts, die übergreifend die gegnerischen Konfessionen schützte und deshalb beschränkte – ist zuvörderst aus dem Glaubensernst und aus der Bekenntnistreue der beiden großen christlichen Kirchen und dann aus dem Zwang zur Parität im Reichskirchenrecht des Alten Reichs erwachsen. Denn nicht ein religiöser Relativismus, sondern das Ringen um die göttliche Wahrheit und um die christliche Freiheit aus und zu dieser Wahrheit hat sie zuerst zum Widerstand gegen die Verfälschung und Unterdrückung der göttlichen Botschaft bewegt und in der Folge bald zur notwendigen gegenseitigen Konzession des weltlich-politischen Friedens und der bikonfessionell relativierten Religionsfreiheit und Religionsgleichheit zwischen den beiden großen Konfessionen geführt. Die Schwärmer und Sektierer aber verschwanden in ihrer Vereinzelung bald im Strom der Geschichte, ohne in der Entwicklung und im System des Reichs- und Staatskirchenrechts nennenswerte Spuren zu hinterlassen,

indessen der Freigeist später seine Freiheit in Distanz von den religiösen Traditionen verbürgt wissen wollte.

## IV. Widerstände und Spannungen

### 1. *Theologische Widerstände und Gegensätze*

Diese Lösung hat sich freilich nur unter enormen 'Widerständen' durchgesetzt. Die konfessionelle Öffnung und neue Doppeldeutigkeit der reichskirchenrechtlichen Begriffe und Institutionen stand ja im scharfen Kontrast zu der Überzeugung von der Einheit, Einzigkeit, Universalität und Absolutheit der wahren Kirche und der wahren Lehre, die die Katholiken und die Protestanten jeweils in ihren gegensätzlichen Bekenntnissen vertraten und in ihrem Kirchenrecht ausformten, die aber hier verflüchtigt, ja verleugnet schien in den Fundamentalverträgen und in der juristische Terminologie des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation.

Der Religionsfriede hatte eben die Verfassungskrisen aus der Glaubensspaltung 1555 nur äußerlich eingehegt und rechtlich neutralisiert, nicht aber in der Tiefe bereinigt, da er die Lösung der Glaubensfragen vertagte. Doch während die Einigung der Konfessionen auf unabsehbare Zeit entschwand, vertiefte sich die religiöse Spaltung mit der wachsenden, rigiden Konfessionalisierung aller Lebensbereiche, um sich in den Jahrzehnten bis zum großen Krieg 1618-1648 bei jedem nächsten Konfessionskonflikt auch rechtlich zu komplizieren.

### 2. *Die Rechtfertigung mit Wiedervereinigungs- und Notrechtsargumenten*

Eine Schlüsselrolle zur Rechtfertigung des Reichskirchenrechts spielten das Wiedervereinigungsgebot der Konfessionen und insbesondere die Notrechtsargumentation, so sehr dies in der Historiographie gemeinhin unterschätzt zu werden pflegt. Beides fand im Text der Friedensschlüsse 1555 und 1648 seinen Niederschlag und beschäftigte die Praxis und die Rechtslehre in den folgenden Jahrzehnten mit wichtigen Auswirkungen auf den Kriegsverlauf und die Friedensverhandlungen. Der Abschluss und die Einhaltung des Religionsfriedens stützte sich darauf, dass der weltliche Friede in der derzeitigen (ausführlich zu begründenden) Notlage das unumgänglich notwendige Mittel zur jetzigen «Rettung des rechten Glaubens», aber auch zur künftigen «Wiedervereinigung» der Konfessionen angesehen (bzw. ausgegeben) wurde, nachdem alle anderen friedlichen und gewaltsamen Einigungsbemühungen fehlgeschlagen waren.

Beides bildete die juristische Brücke zwischen der Absolutheitsgeltung des eigenen Bekenntnis-, Kirchen- und Kirchenrechtsverständnisses und der relativistischen Friedens- und Freiheitsgarantie des Reichskirchenrechts. Der Abschluss des Religionsfriedens wurde dadurch einerseits ermöglicht, aber andererseits erschüttert und ausgehöhlt. Denn die Gültigkeit und Weitergeltung des Notrechts hing letztlich vom «Fortbestand der Notlage» ab. Das führte bald nach 1555 während aller politischen Krisen und Wechselfälle im Großen Krieges zu einer heftigen katholischen Diskussion über das Ausmaß der derzeitigen Not und der künftigen Gefahren, die Stärke der eigenen und gegnerischen Kräfte, die Erforderlichkeit, Zumutbarkeit und Eignung von Zugeständnissen und Abhilfen, was die heilig beschworene Geltung des Reichskirchenrechts in Misskredit geraten ließ. Von modernen Historikern wird die Verlässlichkeit des Religionsrechts im Konfessionellen Zeitalter naiv überschätzt.

### 3. *Übergriffe durch Interpretation im einseitig-konfessionellen Vorverständnis*

Der Zerfall der traditionellen Rechtseinheit und die komplizierte Zuordnung der drei Rechtskreise verursachten große Schwierigkeiten und Nöte bei der Auslegung und Handhabung des Rechts. Weil beide Religionsparteien doch noch von dem Leitbild der Einheit und Allgemeinverbindlichkeit der Rechtsordnung ausgingen, reizte es sie, ihre eigenen Bekenntnisgrundsätze auch dem Reichskirchenrecht heimlich unterzuschieben und sogar dem gegnerischen Kirchenrecht offen überzustülpen. So begann alsbald nach 1555 das hundertjährige giftige Ringen um die Interpretation des Augsburger Religionsfriedens, das schließlich in den 30-jährigen Krieg ausmündete und erst 1648 langwierig beendet werden konnte. Beide Religionsparteien legten seine Normen nach ihrem «konfessionelles Vorverständnis» diametral verschieden aus, um ihre eigene Auffassung der christlichen Wahrheit, Einheit, Lehre, Kirche und Kirchenordnung einseitig durchzusetzen und die theologischen und rechtlichen Positionen der Gegenseite auszuschalten oder zu verkürzen. Die generellen Rahmenbegriffe und Rahmennormen des Reichskirchenrechts wurden im fremdkonfessionellen Übergriff oft und weithin mit Konsequenz verengt und verdreht, so seine Zweifelsfragen «geklärt», seine Lücken «geschlossen» und seine Freiheitsgarantien ausgehebelt. Dadurch wurden alle tragenden Reichsinstitutionen nacheinander schwer beschädigt. Nach 1580 kam die Reichsgerichtsbarkeit daran zum Stillstand, 1608 brach der Reichstag auseinander.

### 4. *Die Spaltung des Verfassungsverständnisses im Alten Reich*

Dadurch zerfiel das Reichskirchenrecht des Konfessionellen Zeitalter in zwei konträre Verfassungsinterpretationen, die auf den Reichstagen und in der Reichspublizistik in vielen Einzelfragen aufeinanderprallten, vor allem im Verständnis des ius reformandi, der Religionsfreiheit, des Kirchenguts und der Gerichtsbarkeit der Reichsgerichte in Religionssachen. Der Augsburger Religionsfriede hatte 1555 nur eine torsohafte Einigung über die äußere Friedenswahrung gebracht, die konfessionellen Gegensätze aber nicht überbrückt. Das Konfessionelle Zeitalter war noch weit entfernt von der Rechtseinheit des modernen Verfassungsstaates.

Die Evangelischen interpretierten den Religionsfrieden «modern» als gemeinsame Verfassungsgrundlage für beide Religionsparteien, akzentuiert im Sinn der Parität und der erweiterten Religionsfreiheit («Freistellung») nicht nur der weltlichen, sondern auch der geistlichen Reichsstände und aller Untertanen und Landstände der geistlichen und der weltlichen Reichsstände. Die tonangebende Lehre der Katholiken hingegen verstand den Religionsfrieden nicht als allgemeines Reichsgrundgesetz, sondern als eine enge Ausnahmeordnung nur für die Protestanten, die strikt auszulegen, lückenhaft und durch das kanonische Recht zu ergänzen sei und überdies nur eine notbedingte Interims- und Suspensionswirkung besitze: Sie habe die älteren reichsrechtlichen Verbote der häretischen evangelischen Bewegung aus den Jahrzehnten vor 1555 keineswegs aufgehoben, sondern nur ihre Vollstreckung ausgesetzt, solange die Notlage dazu zwinge. Der Kaiser und die katholischen Reichstagsmehrheiten könnten deshalb festsetzen, mit welcher Fassung und Wirkung die *Confessio Augustana* als evangelisches Bekenntnis im Reich zugelassen sei und wer zu ihren Anhängern oder zu den verbotenen Sektierern gehöre. Die Praxis freilich scheute solche extremen Konsequenzen angesichts der prekären Machtverhältnisse.

### 5. *Die Bedeutung des Verfahrens für die Integration der Religionsparteien*

Viele Krisen hatten ihren Grund darin, dass den materiellen Friedens- und Freiheitsgarantien von 1555 die entsprechenden «Organisations- und Verfahrensregeln» fehlten. Die komplizierte Kuriengliederung und Verfahrensweise des Reichstags sah für die beiden Religionsparteien keine institutionellen Organisations- und Partizipationsformen vor, weil die reichsständische Verfassungsordnung aus der Reichsreform Maximilians I. in den folgenden Stürmen und Wirren der Reformationszeit nicht verändert wurde. Deshalb konnten die Religionsparteien ihre religionsrechtlichen

Bedürfnisse nur durch extrakonstitutionelle Widerstandsorganisationen wie den Schmalkaldischen Bund, die Union und die Liga geltend machen und letztlich nur mit einem Religionskrieg durchsetzen. Die Eingliederung der Religionsparteien in das Gehäuse der Reichsorganisation wurde erst im Westfälischen Frieden erreicht, der die Majorisierung in religionsrelevante Sachen verbot und dafür die *itio in partes* zum Ziel der *amicabilis compositio* einführte (Art. V, §§ 9, 52-56, *IPO*), um in «gütlicher Verhandlung» einen gemeinsamen *modus vivendi* zu erreichen, da die theologische Einigung und Bereinigung der tieferen Störungsgründe nicht möglich war.

### 6. *Ausgleich der Freiheitsforderungen*

Der Ausgleich der gegensätzlichen Freiheitsforderungen und Interpretationskonflikte war eine Jahrhundertaufgabe. Zwischen 1555 und 1648 mussten beide Seiten aus vielen Streitfällen und schließlich aus dem grossen Kriege lernen, daß Frieden und Freiheit auch für sie selbst nur zu gewinnen und zu erhalten war, wenn sie die «doppelkonfessionelle Offenheit» der weltlichen Rahmenform akzeptierten und das «konfessionelle Selbstverständnis» der anderen Religionspartei respektierten, statt die Religionsfriedensartikel einseitig im eigenen konfessionellen Sinn zu definieren und durchzusetzen: Nur im weiten konfessionell-relativierte Schutzmantel der säkularen Freiheitsform konnten beide Religionsparteien ihre konträren konfessionellen Konzeptionen von wahrer geistlicher Freiheit und wirklicher Reformation bzw. Reform der Kirche in ihrem Kirchenrecht realisieren. Das galt für die Freiheit der Bekenntniswahl der Reichsstände im *ius reformandi* und für die enge Glaubensfreiheit der Untertanen im *ius emigrandi* von 1555 und für die Ämter- und Kirchengutsreglungen nach dem nun normativ fixierten Zustand des «exercitium publicum und privatum religionis» im «Normaljahr» 1624.

Nach dem Ende des Konfessionellen Zeitalters fand die Religionsfreiheit – wie das Staatskirchenrecht insgesamt – eine neue geistige Grundlage in der Vorstellung des Neustoizismus von der «natürlichen Religion» über allen tradierten Religionen, in den Ideen Aufklärung von der Gleichwertigkeit aller Menschen und Religionen, im Siegeszug der Toleranz, des Individualismus, des Relativismus und Pluralismus. Das hat den Rückzug des Staates auf offene weltliche Rahmenformen begünstigt. Er überließ die Entscheidung der Wahrheitsfrage den Individuen und den Religionsgemeinschaften und schützte, beschränkte und förderte ihre Religionsausübung in seinem staatskirchenrechtlichen Rahmen durch offene Rahmenformen.

### 7. *Geborgenheit der geistlichen Freiheit zur Wahrheit im weltlichen Freiheitsrahmen*

Als weltliche Rahmenform hat die Religionsfreiheitsgarantie im Laufe der Entwicklung die in ihr implizierten Gegensätze auf einer höheren Ebene 'aufgehoben' – und dies begann schon 1555 mit der doppelkonfessionellen Erstreckung der Freiheitsgarantie des Religionsfriedens auf beide gegensätzliche Konfessionen: Sie ging (1.) aus von der tiefen 'Verschiedenheit' zwischen der religiösen Freiheitsidee zum «wahren» Glauben und der religiös relativierten Freiheitsgarantie des säkularen Rechts. Sie stand (2.) im scharfen 'Widerspruch' zur weltlichen Durchsetzung exklusiver religiöser Absolutheitsansprüche im Reich. Aber sie führte (3.) zur 'Vereinbarkeit' der gegensätzlichen religiösen Freiheitskonzeptionen im weltlichen Zusammenleben, weil der generelle und relativierte weltliche Freiheitsrahmen beiden Konfessionen (und später allen Religionen) die gleiche Freiheitsentfaltung ihres speziellen Glaubens garantierte, ohne sie einer «Befreiung» nach den fremden Maßstäben der Reichsgewalt (und später aller Staatsgewalt) oder der konkurrierenden Religionen (und Ideologien) zu unterwerfen. Das theologische und das weltliche Freiheitsverständnis wurden so auf verschiedenen Ebenen der begrifflichen Abstraktion und juristischen Realisierung voneinander gesondert, einander zugeordnet und ohne Störung und Verfälschung im kirchlichen und staatlichen Recht entfaltet. Der dialektische Ausgleich geschah durch das «Ineinander-Gelagertsein» der religiösen Freiheitsidee zum wahren Glauben in der Schale der religiös relativierten weltlichen Religionsfreiheitsgarantie.

## V. Säkularisierung des Rechts als Rahmenform

### 1. *Unterscheidung rechtlicher und außerrechtlicher Säkularisierung*

Schließen wir unseren Abriss über die Wirkungen der Konfessionalisierung im *ius publicum* des Reichs mit einem Blick auf ihr Gegenstück, die Säkularisierung.

Für den Rechtshistoriker und Rechtsdogmatiker stellen sich jedoch 'besondere' Fragen und Aufgaben: Was war und wie wirkte «Säkularisierung» speziell im Reichskirchenrecht des Alten Reichs und später im modernen Staatskirchenrecht?

## 2. *Rahmensäkularisierung zur Religionsentfaltung*

Säkularisierung als Rechtsfigur war «Rahmensäkularisierung»: Sie schuf einen einheitlichen säkularen Rahmen zur weltlichen Sicherung und Beschränkung der vielfältig divergierenden religiösen Lehren und Formen der Religionsparteien und Religionsgesellschaften. Darin lag ihre Pointe schon im Reichskirchenrecht des Alten Reichs und ebenso im Staatskirchenrecht des modernen Staates. Darin liegt auch der Schlüssel zum historischen Verständnis ihrer Schwierigkeiten und Leistungen. Diese Form der Säkularisierung ergab sich aus der Selbstbeschränkung des weltlichen Rechts auf weltlich-politische Ziele zur allgemeinverträglichen gleichzeitigen Sicherung des Glaubens und Bekenntnisses der evangelischen und katholischen Reichsstände und Untertanen und seit der Aufklärung der religiösen Überzeugung und Grundsätze aller Religionsgemeinschaften und Bürger. Das Religionsrecht verwandelte sich damit zur leeren weltlichen Schale, welche die geistlichen Inhalte schützend und begrenzend in sich barg.

Die Historiographie darf «Säkularisierung» und «Konfessionalisierung» nicht als exklusiven Gegensatz begreifen, so oft dies auch geschieht. Säkularisierung und Konfessionalisierung haben einander vielfach dialektisch ergänzt, ja bedingt. Sie wurden schon im Reichskirchenrecht des 16./17. Jahrhunderts frappierend 'eng verbunden': Zwar lag – wie aufgezeigt – massive Säkularisierung darin, dass der Religionsfrieden Vorrang vor dem Kirchenrecht beanspruchte, dem Absolutheitsanspruch beider Konfessionen Grenzen setzte, das kanonische Recht in der Breite brach, seine Normen und Begriffe doppelkonfessionell für widerstreitende Bekenntnisse relativierte, die Kirchengewalt des Papstes souverän missachtete, den Vollzug des Banns verweigerte, die Kirchenherrschaft weithin auf die Territorialherrschaften übertrug, Religionsfreiheit auf Dauer für kirchlich verurteilte «Häretiker» gewährte, ihnen riesige Bestände an Kirchenämtern und Kirchengüter zuteilte und dies durch das Gewaltverbot auf unbestimmte Zukunft absicherte.

## 3. *Säkulare Rahmenformen im Dienst der religiösen Inhalte*

Doch dies geschah im 16. und 17. Jahrhundert nicht zur Bekämpfung des christlichen Glaubens und Kirchenwesens, sondern zu ihrem 'Dienst': Damit die Reichsstände beider Religionsparteien ungestört gleichzeitig ihrem Bekenntnis Folge leisten und es in ihrem territorialen Herrschafts- und Kirchenbereich erhalten und verwirklichen konnten. Die «Konstan-

tinische Einheit» von Staat und Religion wurde im Reich notgedrungen aufgelöst, um im Territorium ungestört und umso intensiver fortgeführt zu werden.

### 4. *Säkularisierungsvarianten in der Geistes- und Sozialgeschichte*

Die große Leistung des Staatskirchenrechts im Säkularisierungsproblem wird deutlich im Vergleich mit der Säkularisierungsdebatte der geistes- und sozialwissenschaftlichen Disziplinen: Diese wird seit zweieinhalb Jahrhunderten beherrscht von einem kakophonen Chor dissonanter Deutungen, deren Säkularisierungsbegriffe einander provoziert, bekämpft, verdrängt und überlagert, aber auch befruchtet haben. Während die Aufklärung damit die Perversion der katholischen Kirche in weltliche Macht- und Geldgier und Sittenlosigkeit umschrieb, verstand Hegel unter der Verweltlichung des Christentums das Wirklich-Werden des Reiches Gottes in der Welt durch die Offenbarung Gottes in der weltlichen Inkarnation Jesu Christi und die Versöhnung des Glaubens mit dem Denken, der Religion mit der Philosophie. Deshalb wollte die «Hegelsche Rechte» das Christentum im «Christliche Staat» verwirklichen und die Kirche in ihm aufgehen lassen. Die «Hegelsche Linke» hingegen propagierte «Verweltlichung» nicht als Versöhnungs-, sondern als Kampfbegriff zur Emanzipation der Welt aus religiösen Bindungen und Eliminierung der Religion überhaupt, um mit Feuerbach die Theologie in Anthropologie und Gottes Gebote in humane Ethik aufzulösen und mit Marx durch die Zerstörung der religiösen Illusionen alle Verhältnisse zur paradiesischen irdischen Vollendung zu verändern.

Der Widerstreit und Wechsel des Begriffsinhalts im 19. und 20. Jahrhundert war freilich kein Novum, sondern hatte analoge, nicht minder gewichtige Vorläufer in der früheren Säkularisierungsdebatte. Der Streit um den rechten Sinn von «Welt» und «Verweltlichung» erhitzte schon die Konfessionen seit dem Beginn der Glaubensspaltung. Die Evangelischen sahen im Weltherrschaftsanspruch der Päpste nach dem *Dictatus Papae* Gregors VII. von 1075 und vollends nach der Bulle *Unam sanctam* Bonifaz VIII. von 1302 eine grandiose Verweltlichung der Kirche und Kirchengewalt, indes ihnen die Katholiken ihrerseits Verweltlichung durch die weltliche Zerschlagung der Kirche und ihre Auslieferung an die weltlichen Mächte vorwarfen. Dieser Dissens erhellt, wie krass sich hier die gegensätzlichen Lehren über Kirche und Welt, Verkündigung und Sakrament, Rechtfertigung und Heiligung, Glaube und Werke, *spiritualia* und *temporalia*, geistliche und weltliche Gewalt widersprachen und wie

stark sich viele theologischen Kontroversen und rechtliche Differenzen in dieser Frage bündelten.

### 5. *Das Scheitern radikaler Säkularisierung in der Rechtsentwicklung*

Die Hegelsche Linke war in der Paulskirche durch ihre Abgeordneten – meist abgefallene protestantische Theologen und Theologensöhne – repräsentativ vertreten und hat dort ihr Programm mit Eloquenz und virulenter Insistenz in drei Varianten vorgebracht: Die erste verlangte die philosophische Verwandlung der positiven Religion in humane Weltanschauung und Weltprogrammatik und ihre Vereinnahmung als emanzipierte Staatsideologie. Die zweite forderte die Vernichtung der Religion schlechthin. Die dritte erstrebte die strikte Trennung des Staates von aller Religion und deren Ignorierung im weltlichen Recht. Den Abgeordneten der Paulskirche waren die Probleme in dieser dreifachen Auffächerung vertraut, denn die älteren unter ihnen hatten die kirchenpolitischen Experimente Frankreichs nach 1789 aus ihrer Jugendzeit in lebhafter Erinnerung behalten. Die Erste Deutsche Nationalversammlung hat daraus ihre Lehren gezogen und diese Konzepte allesamt nach erregten, gründlichen Debatten mit großer Mehrheit verworfen. Stattdessen entwickelte sie 1849 jenes Grundmodell des Staatskirchenrechts als einer freien und gleichen Rahmenordnung für alle Religionen, dem die die deutschen Verfassungen seither mit geringen Modifikationen folgten.

Die Tragweite dieser Verfassungsentscheidungen zeigt der Vergleich mit den staatskirchenrechtlichen Prinzipien und Phasen der Französischen Revolution, des Bolschewismus und des Nationalsozialismus, die allesamt mit beklemmenden Analogien den Dreiklang religionsfeindlicher Säkularisierungsstrategien propagierten und in kruder Gewaltherrschaft durchsetzten. Zur brutalen Verfolgung der überkommenen Religion trat einerseits ihre säkularisierende Umwandlung und Gleichschaltung durch die Staatsideologie und andererseits die Eliminierung der Religion aus dem öffentlichen Leben durch ein radikales religionsfeindliches Trennungssystem.

Der freiheitliche Rechtsstaat hat sich davon konstitutionell abgekehrt. Sein Rückzug auf offene säkulare Rahmenformen für die religiösen Bedürfnisse der Gesellschaft löste auch die Problematik des Relativismus und der Offenheit des pluralistischen Staatskirchenrechts für Transzendenz, mit denen unsere Orientierungsrunde enden soll.

## 6. *Relativismus des Rahmens – keine Staatsideologie*

Ein prinzipieller Relativismus bildet unbestreitbar die Grundlage des Religionsrechts. Das gilt nicht nur für den modernen Staat seit der Aufklärung, sondern schon für das Reichskirchenrecht im Alten Reich, insofern es den Evangelischen und den Katholiken Freiheit und Gleichheit verbürgte, damit ihren Absolutheitsanspruch beschränkte und ihm die weltliche Durchsetzung im Bereich der Andersgläubigen verwehrte.

Aber auch dieser Relativismus bezog sich nur auf den weltlichen 'Rahmen' des staatlichen Religionsrechts, nicht aber auf den religiösen Inhalt der Religionsparteien bzw. Religionsgesellschaften. Denn das Alte Reich und der freiheitliche Verfassungsstaat nahmen zum Inhalt der umstrittenen Glaubenslehren nicht Stellung; sie haben diese weder als maßgeblich für jedermann anerkannt noch als generell unbeachtlich bekämpft, sondern die Wahrheitsfrage offen gelassen und ihre Entscheidung den Gläubigen und ihren Kirchen bzw. Religionsgemeinschaften jeweils für sich anheimgestellt. Die Garantie der Religionsfreiheit bestätigte und gewährleistete seither bis heute mit Verfassungsrang, dass der Absolutheitsanspruch der Offenbarungsreligionen frei verkündigt, geglaubt und in der Lebensführung der Gläubigen verwirklicht werden konnte. Der Staat muss den Absolutheitsanspruch aller beschränken, damit alle disparaten Religionsgemeinschaften gleichmäßig und gleichzeitig ihren Absolutheitsanspruch in friedlicher Koexistenz 'geistlich' geltend machen können – weshalb er selbst sich ihren konkurrierenden Ansprüchen 'neutral' durch «Nichtidentifikation» entziehen muss. Weil sich der freiheitliche Staat die Bewertung und Privilegierung von Religionen wie Weltanschauungen in säkularer Selbstbeschränkung konstitutionell versagt hat, überlässt er die Antwort auf die Pilatusfrage seinen Bürgern.

Der Relativismus des freiheitlichen Rechtsstaats wurde in der freiheitlichen Verfassungsordnung nicht als «Staatsideologie» proklamiert, sondern als Instrument umfassender Freiheitswahrung geschaffen.

Die Quintessenz der Verfassung liegt nicht – wie oft behauptet wird – in der «Vorordnung der Vernunft vor der Offenbarung». Sie lässt vielmehr die Wahrheitsfrage pluralistisch offen und stellt ihre Beantwortung dem Selbstverständnis der gesellschaftlichen Gruppen anheim, wie immer diese jeweils «Vernunft» und «Offenbarung» divergierend definieren und ihre Auffassung dann jeweils als global maßgeblich für alle proklamieren mögen. Das Verhältnis von *ratio* und *revelatio* hat schließlich die christliche Theologie in vielerlei Versionen von der Scholastik und

der Reformation über die Aufklärung bis zu Benedikt XVI. beschäftigt und dabei die Rechtsentwicklung des Abendlandes ebenso nachhaltig wie vielgestaltig geprägt. Die Vernunft der Verfassung heute liegt in der Garantie des politischen Friedens und der Freiheit der Bürger. Sie hat den Religionszwang der einstigen Staatskirchen ebenso überwunden wie die Diktatur der Vernunft der Jakobiner und der späteren totalitären Weltanschauungen abgelehnt. Die Religionsfreiheitsgarantie war nicht der Schatz, sondern nur das irdische Gefäß, für sich genommen hohl und leer. Sie wurde in der deutschen Verfassungstradition seit 1555 als säkulares «Instrument des Ausgleichs» geschaffen, das zur Freiheitsentfaltung der Glaubenden wie der Nichtglaubenden dient.

So wurden durch die Konfessionalisierung des *ius publicum* schon im Alten Reich folgende zehn Punkte für das moderne Staatskirchenrecht richtungweisend: Politisches Gewaltverbot, Beschränkung religiöser Absolutheitsansprüche, Selbstbeschränkung der Staatsgewalt auf säkulare Ziele, Wahlfreiheit zwischen unvereinbaren religiösen Positionen, weltliche Rahmennormen für die freie Austragung weltlich unlösbarer geistlicher Konflikte, Offenheit des Rechts für religiöse Entfaltung, Schutz des religiösen Selbstverständnisses als Kern der religiösen Freiheitsgarantien, Wechselbeziehung von Freiheit und Beschränkung, Verbindung von Subordination und Koordination, Verquickung von Säkularisierung und Konfessionalisierung zur Abwehr wie zur Sicherung der Religion.

*Résumé*

L'INFLUENZA DELLA CONFESSIONALIZZAZIONE SULLO «IUS PUBLICUM»

In seguito alla Riforma l'universalismo giuridico medievale si frammentò in ordinamenti confessionali diversi, quello dei cattolici, quello degli evangelici e il diritto ecclesiastico imperiale vigente a titolo prioritario, posto che nell'impero il dualismo costituzionale di imperatore e ceti e il dualismo confessionale dei due partiti religiosi si sovrapposero, rafforzandosi a vicenda: l'uno e l'altro si consolidarono sotto il profilo costituzionale con il crollo del diritto canonico e si tennero politicamente in equilibrio. Tutto questo determinò peraltro gravi tensioni tra la difesa della («vera») fede da un lato e la salvaguardia della pace civile e della libertà religiosa dall'altro.

La contesa per la «vera confessione» portò a una confessionalizzazione del diritto della Chiesa cattolica e di quello della Chiesa evangelica in contrapposizione netta fra loro. Per parte sua l'impero nella Pace di Augusta del 1555 lasciò irrisolta (o, meglio, in sospeso) la questione della verità, rimettendo ai ceti imperiali la decisione circa l'adesione confessionale e i rapporti ecclesiastici nei rispettivi territori. Il diritto ecclesiastico imperiale protesse entrambe le confessioni religiose con le sue garanzie giuridiche e al tempo stesso pose loro dei limiti con le sue barriere temporali a difesa della pace: così, attraverso la loro reciproca limitazione sotto il profilo giuridico, esso riuscì a salvaguardare l'esistenza e lo sviluppo di entrambe le confessioni religiose, nonostante la loro inconciliabilità sotto il profilo religioso e la loro reciproca condanna. La necessaria separazione e al tempo stesso coordinazione di questi diversi ordinamenti giuridici avvenne nel 1555 attraverso l'adozione di un federalismo basato su territori confessionalmente omogenei (principio «cuius regio, eius religio») e, solo molto più tardi, mediante l'organizzazione di associazioni religiose o confessionali, alle quali i cittadini, titolari ormai della libertà religiosa, potevano volontariamente aderire.

Cominciò in questo modo nel 1555 un'evoluzione, delineatasi poi nell'arco di quattro secoli, del diritto ecclesiastico imperiale in un ordinamento-quadro laico entro il quale garantire la coesistenza di religioni contrapposte. Le norme e i concetti del diritto ecclesiastico imperiale perdettero il loro rapporto univoco con la confessione cattolica. Essi divennero ambigui e polisemici per adattarsi a confessioni diverse, subendo così già in piena età confessionale, assai prima dell'illuminismo, una consistente perdita di sostanza teologica. Peraltro, questa natura di cornice normativa che assunse il diritto ecclesiastico imperiale, relativizzata dal punto di vista

religioso, non significava intenzione di dissolvere il vincolo confessionale e l'impostazione teologica delle due confessioni contrastanti (secolarizzandole) o di unificarle («ecumenicamente»), bensì di difendere le proprietà teologiche di ciascuna di esse dalle aggressioni dell'avversaria. Quest'evoluzione biconfessionale-neutralizzata del diritto ecclesiastico imperiale e il suo svuotamento di significato teologico furono infatti combinati e tarati nel 1555 con la garanzia dell'autodeterminazione religiosa. Ciò assicurava ad ogni parte religiosa la possibilità di impostare e organizzare la propria Chiesa e il proprio diritto secondo i propri principi confessionali, senza soggiacere alla codeterminazione – e al tempo stesso imposizione esterna – dell'avversario religioso. Solo il ritorno a norme e concetti giuridici generali e secolari impedì che una parte religiosa sopraffacesse la propria avversaria di fede in base alla motivazione che questa avesse tradito e infranto il significato «vero» e la «corretta» essenza della libertà religiosa, delle funzioni e dei beni ecclesiastici, facendone un uso illegittimo ai sensi non solo del diritto confessionale ma anche del diritto imperiale. Le norme-cornice e i concetti-quadro del diritto ecclesiastico imperiale furono così sistematicamente redatti in forma aperta e destinati a una loro integrazione diversa secondo i diversi principi confessionali e a un loro indipendente utilizzo ad opera di ciascuna parte religiosa protetta. Alle due confessioni competeva, in via esclusiva, l'interpretazione e la definizione del senso delle norme imperiali secondo l'intendimento religioso di ciascuna, fin là dove questo riguardasse aspetti della realtà religiosa propria (e non di quella avversaria). In questo senso il sistema della normativa cornice ebbe una funzione di rinvio e al tempo stesso di raccordo con le due confessioni religiose e i loro diritti confessionali. L'esperienza di un secolo di lotte religiose, dopo il 1555, e soprattutto della Guerra dei Trent'anni (1618-1648) confermarono la correttezza di questa impostazione: l'involucro secolare tutelava nel modo più sicuro il contenuto spirituale. Il ripiegamento dell'impero (e più tardi dello stato moderno) su normative secolari aperte, di semplice inquadramento, per garantire la sicurezza e la possibilità di espressione di ogni confessione dagli attacchi e dalla sopraffazione dei suoi avversari confessionali divenne la chiave per affrontare molti problemi di diritto ecclesiastico. Questo sistema infatti rende possibile l'unità dell'ordinamento giuridico nonostante la molteplicità delle religioni, la pace civile nonostante le contese spirituali, l'uguaglianza giuridica nonostante le differenze religiose, la libertà civile per tutti nonostante le loro discordanti idee sulla «vera» libertà religiosa.

Fra il 1555 e il 1648 il diritto ecclesiastico imperiale riuscì ad affermarsi tuttavia solo a fatica e scatenando varie crisi, poiché ciascuno dei due

partiti religiosi pretendeva in realtà l'assolutezza, l'universalità e l'esclusività della propria confessione e fece di tutto per affermarle. Un ordinamento secolare a garanzia di pace e libertà trovava allora una propria giustificazione solo, in modo indiretto, nell'argomento che l'impero versava in una situazione di emergenza e nell'imperativo della riunificazione, considerato che la pace civile rappresentava (e veniva presentata come) l'unica via al momento possibile e necessaria per difendere la vera fede e la vera Chiesa, nella prospettiva di una futura riunificazione anche nella fede. Questo agevolò la conclusione della pace religiosa, ma ne inficiò per certi aspetti la validità, perché la sua vincolatività dipendeva dunque dal perdurare dello stato di emergenza. Entrambe le parti religiose interpretarono e utilizzarono in realtà le sue disposizioni secondo la loro pregiudiziale confessionale, il che portò a una profonda *scissione* del diritto ecclesiastico imperiale in due concezioni costituzionali contrastanti, l'una evangelica e l'altra cattolica. Soltanto con la Pace di Westfalia questa scissione fu superata e inibita anche per il futuro con l'introduzione dell'istituto della *itio in partes* e il divieto della messa in minoranza di una confessione.

Il diritto ecclesiastico imperiale (come in seguito anche il diritto ecclesiastico dello Stato tedesco) fu caratterizzato quindi da una profonda secolarizzazione, che servì in realtà non a combattere le confessioni religiose, quanto piuttosto a salvaguardarle e garantirle dagli attacchi e dalle sopraffazioni reciproche. Si trattò di una precisa e limitata forma di secolarizzazione: una «secolarizzazione-quadro», la quale servì anzi a impedire in Germania una vera e propria secolarizzazione dei contenuti teologici e degli ordinamenti giuridici di entrambe le confessioni. Questo fu il suo ruolo specifico nella storia del diritto e nella storia delle idee. E questo è ciò che la contraddistingue dai molti programmi astratti di secolarizzazione elaborati in seguito dalle scienze sociali e umane e da varie ideologie moderne, che il diritto ecclesiastico pluralistico dello Stato di diritto liberale con la sua lunga esperienza storica, che affonda le radici nell'età delle guerre di religione, ha espressamente escluso in una norma di rango costituzionale.

*Traduzione di Lucia Bianchin*

# «Contrarium ego assero». Althusius vs. Gentili nella «Politica methodice digesta»

di *Angela De Benedictis*

«Sub ephoris vero esse Rempublicam ex iis quae supra diximus, abunde liquet. ... Negatur quoque esse commotio, quando optimates justo et legitimo modo tyrannidem exercenti resistunt. ... Tyrannus evertit Rempublicam, ... ephori vero erigunt, et defendunt»[1].

Con questi e altri argomenti e *contrario*[2], nel capitolo XXXVIII della *Politica* – e quindi nella terza edizione del 1614 – Johannes Althusius controbatteva esplicitamente la terza delle *Regales disputationes* pubblicate da Alberico Gentili nel 1605, la «De vi civium in regem semper iniusta»[3].

[1] JOHANNES ALTHUSIUS, *Politica Methodice digesta atque exemplis sacris et profanis illustrata*, Herbornae Nassoviorum 1614[3] (rist. anast. Aalen 1981[2]), p. 919 (trad. it. *La politica. Elaborata organicamente con metodo, e illustrata con esempi sacri e profani* [1614], a cura e con un saggio introduttivo di C. MALANDRINO, Torino 2009, p. 1775). Apro con queste citazioni dal noto XXXVIII capitolo della *Politica* di Althusius il mio contributo agli atti, come già avevo fatto con la mia relazione al colloquio, nella piena consapevolezza del rischio che corro nell'affrontare problematiche e «classici» della riflessione giuspubblicistica (Johannes Althusius e Alberico Gentili) sui quali esiste una vastissima letteratura, alla quale hanno fornito fondamentali contributi studiosi che sono anche tra gli organizzatori e i relatori del colloquio. A maggior ragione, quindi, desidero ringraziare il prof. Gerhard Dilcher e il prof. Diego Quaglioni per avermi invitato a misurarmi con due «classici» che non ho potuto non incontrare nel mio percorso, ormai non breve ma lungi dall'essere concluso, di tentativo di comprensione del complesso e difficile problema «diritto di resistenza».

[2] Secondo il «caratteristico procedere dicotomico» di Althusius, come ha ricordato D. QUAGLIONI, *Tyrannis*, in F. INGRAVALLE - C. MALANDRINO (edd), *Il lessico della Politica di Johannes Althusius: l'arte della simbiosi santa, giusta, vantaggiosa e felice*, Firenze 2005, pp. 325-337: 334.

[3] Sulla quale già aveva richiamato l'attenzione una prima volta D. PANIZZA, *Alberico Gentili, giurista ideologo nell'Inghilterra elisabettiana*, Padova 1981, pp. 160-163, e poi di nuovo lo stesso autore, *Il pensiero politico di Alberico Gentili. Religione, virtù e ragion di stato*, in *Alberico Gentili. Politica e religione nell'età delle guerre di religione*, Atti del convegno, Milano 2002, pp. 59-213, qui pp. 194-207 (su cui si vedano ora le riflessioni di I. BIROCCHI, *Il «De iure belli» e l'«invenzione» del diritto internazionale*, in L. LACCHÈ [ed], *«Ius gentium ius communicationis ius belli». Alberico Gentili e gli orizzonti della modernità*, Atti del convegno, Milano 2009, pp. 101-138, qui pp. 118-119, nota 50). Un ovvio riferimento anche nella *voce* redatta da A. DE BENEDICTIS, *Gentili Alberico*, in *Dizionario*

Lì l'eretico italiano esule in Inghilterra e *Regius Professor* a Oxford[4] aveva affermato la tesi inequivocabilmente dichiarata fin dal titolo. Nella prima parte aveva sintetizzato in dieci punti gli argomenti fino ad allora utilizzati dal sapere giuridico e dal sapere teologico per sostenere che in caso di «principato tirannico» i *cives/subditi* potessero usare violenza contro un principe legittimo. A ognuno di quegli argomenti aveva recisamente negato qualsiasi validità, a partire dal presupposto iniziale che non si doveva fare alcuna distinzione né tra vari tipi di principe, né tra vari tipi di cittadini[5]. Nella seconda parte e in altrettanti dieci punti aveva propugnato soluzioni radicalmente diverse: qualsiasi *civis/subditus* avesse usato violenza contro il principe avrebbe commesso un delitto esecrabile. Tra i *cives/subditi* non si poteva e doveva fare alcuna distinzione, per Gentili: di conseguenza, vi annoverava anche gli Efori[6].

Se non si poteva/doveva distinguere tra i diversi tipi di principe, non si poteva/doveva di conseguenza identificare alcun tipo di tiranno. Se non si poteva/doveva distinguere tra i diversi tipi di cittadino, non si poteva/doveva di conseguenza identificare alcun rappresentante dei cittadini che avesse il potere di identificare il tiranno e di resistergli in alcuna forma.

*biografico degli Italiani*, LIII, Roma 1999, pp. 245-251. Una recente lettura della disputa è offerta da A. WIJFFELS, *Assolutismo politico e diritto di resistenza: la disputatio gentiliana «De vi civium in Regem semper iniusta»*, in *Alberico Gentili. L'uso della forza nel diritto internazionale*, Atti del convegno, Milano 2006, pp. 433-457 (in *Appendice*, pp. 461-496, la riproduzione anastatica della edizione Londini, Apud Thomam Vaurrolerium, 1605, pp. 99-132). Alcune annotazioni in A. DE BENEDICTIS, *Resisting Public Violence: Actions, Law, and Emotions*, in A. MOLHO - D. RAMADA CURTO (edd), *Finding Europe. Discourses on Margins, Communities, Images ca. 13th - ca. 18th centuries*, Oxford 2007, pp. 273-290, qui pp. 277-278. Alla discussione da parte di Althusius delle tre *Regales disputationis* gentiliane ha dedicato attensione, da poco, L. BIANCHIN, *Aspetto della «fortuna» di Alberico Gentili nella Germania del secolo XVII*, in *Alberico Gentili (San Ginesio 1552 - Londra 1608)*, Atti del convegno, 2 voll., Milano 2010, pp. 411-438, qui pp. 418-423.

[4] Sulle cui vicende e vicissitudini processuali, V. LAVENIA, *Alberico Gentili: i processi, le fedi, la guerra*, in L. LACCHÈ (ed), *«Ius gentium ius communicationis ius belli»*, cit., pp. 195-196.

[5] «De variis principum generibus, & de variis generibus civium, non est hic nobis curiosius distinguendum: ubi indistincte quærimus, si iusta esse vis civium umquam possit in principem: &, nulla civium, nulla principum habita distinctionem, vim omnen civium iniusta semper in principem esse, defendimus». Cito dalla edizone da me consultata: ALBERICI GENTILIS ... *De vi civium in regem semper iniusta*, in *Regales discursus tres. I. De potestate regis absoluta. II. De unione regnorum Britanniae. III. De vi civium in regem semper iniusta*, Nunc primum in Germania editi, & præfactione aucti, Helmstedt, Heitmüller, 1669, pp. 77-104, qui p. 77.

[6] A. DE BENEDICTIS, *Resisting Public Violence*, cit.

«Nel modello gentiliano di sovranità non c'era spazio per nessuna istituzione eforica»[7].

Nella peculiare concezione che Althusius aveva della *majestas*[8], quello spazio invece c'era e non poteva non esserci. La *potestas* degli Efori come rappresentanti del popolo, cui Althusius aveva dedicato soprattutto il capitolo XVIII, e la valenza di quella *potestas* contro il sommo magistrato tiranno andavano ribadite contro le debolissime e inesistenti ragioni di chi la rifiutava: Alberico Gentili, William Barclay, Giovanni Beccaria[9].

«Hanc sententiam de potestate ephorum adversus summum magistratum tyrannum, novissime improbavit Alberic. Gentilis in disputationibus regalib. Guiliel. Barclajus de regno & regali potestate, lib.3.c.6. & Johann. Beccaria in libell. cui titulum fecit, Refutatio cujusdam libelli anonimi, de jure magistratuum in subditos. sed moti levissimis, imo dixerim nullis rationibus. De indiciis quoque tyrannidis aliter sentit Henningus Arnisæus»[10].

Ponendo la disputa di Alberico Gentili al primo posto tra coloro che sono contrari al potere degli Efori, Althusius ne riconosce implicitamente il luogo di precipitato delle opere precedenti (Barclay 1600, Beccaria 1590)

[7] A. WIJFFELS, *Assolutismo politico e diritto di resistenza*, cit., p. 450.

[8] Su cui, con amplia bibliografia, ha scritto D. QUAGLIONI, *Majestas (Jura Majestatis)*, in F. INGRAVALLE - C. MALANDRINO (edd), *Il lessico della Politica di Johannes Althusius*, cit., pp. 215-229. Si veda anche M. SCATTOLA, *Von der 'majestas' zur symbiosis*, in E. BONFATTI - G. DUSO - M. SCATTOLA (edd), *Politische Begriffe und historisches Umfeld in der Politica methodice digesta des Johannes Althusius*, Wiesbaden 2002, pp. 242-249. Recentissime osservazioni alla concezione della sovranità in Althusius ha dedicato D. QUAGLIONI, *Quale modernità per la «Politica» di Althusius?*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 39, 2010, pp. 631-648.

[9] La critica era, come è noto, all'opera WILLIAM BARCLAY, *De regno et regali potestate adversus Buchanum, Brutum, Boucherium, & reliquos Monarchomachos, libri sex*, Parisii, apud Guilielmum Chaudiere, 1660, e all'opera di JOHANNES BECCARIA, *Refutatio cujusdam libelli (anonimi) sine autore, cui titulus est de jure magistratuum in subditos et officio subditorum in magistratus*, Francofurti, typis Nicolai Hofmannii, impensis Iacobi Porschij, 1590. Sulla polemica di Althusius nella terza edizione della *Politica*, K. ODERMATT, *Erst- und Drittausgabe der Politica im Vergleich: Zu den Entsteheungsbedingungen politischer Theorie*, in P. BLICKLE - T.O. HÜGLIN - D. WYDUCKEL (edd), *Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft*, Berlin 2002, pp. 291-304.

[10] JOHANNES ALTHUSIUS, *Politica*, cit., cap. XXXVIII, 77, p. 916 (trad. it., p. 1768). Sul confronto tra Althusius e Henning Arnisaeus, cui lo stesso Althusius esplicitamente allude, una particolareggiata analisi dei rispettivi scritti tra 1602 e 1614 è offerta da M. SCATTOLA, *Controversia de vi in principem. Vertrag, Tyrannis und Widerstand in der Auseinandersetzung zwischen Johannes Althusius und Henning Arnisaeus*, in A. DE BENEDICTIS - K.H. LINGENS (edd), *Wissen, Gewissen und Wissenschaft im Widerstandsrecht (16.-18. Jahrhundert)*, Frankfurt a.M. 2003, pp. 175-249.

contrarie al potere degli Efori. Già questo potrebbe costituire un motivo sufficiente per giustificare la mia scelta di avvicinarmi allo 'scontro' Althusius-Gentili piuttosto che a quello Althusius-Barclay (molto più presente del primo nel complesso della *Politica*) o a quello Althusius-Beccaria[11]. Ma l'interesse per Althusius *vs* Gentili sta nel fatto che lo 'scontro' mette a confronto due concezioni della *respublica* che sono confliggenti anche se – e proprio perché – si basano in parte su premesse condivise. Da una parte Gentili e Althusius concordano su due problemi fondamentali. Entrambi attribuiscono alla concordia un ruolo centrale e ineliminabile per la vita della *respublica* e della *consociatio*. Entrambi condannano qualsiasi forma di discordia e quindi anche le sedizioni. Dall'altra parte, però, divergono radicalmente nel valutare determinati azioni e comportamenti violenti dei sudditi verso il *princeps*. Per Gentili quei comportamenti sono sempre sediziosi. Per Althusius, invece, si tratta di adeguati rimedi alla tirannide, messi in pratica da chi ne ha legittimo potere.

Fino ad ora il contradditorio di Althusius con Gentili non è stato oggetto di una attenzione specifica e ravvicinata. Con il presente contributo vorrei fornire alcuni primi elementi di analisi in tal senso, con l'intenzione di segnalare come gli argomenti usati da entrambe le parti possano anche fare emergere una dimensione ancora non osservata del problema *jus resistendi* in Althusius.

## I.

Per questo è però opportuno partire dalla terza disputa regale di Alberico Gentili, benché limitatamente ad alcune delle argomentazioni addotte dal *Regius Professor*.

Gentili pone preliminarmente un principio generale e indiscusso, una «regula fundatissima et certissima», da osservare quando si parla della possibilità che i cittadini usino violenza contro il principe legittimo, per quanto questi possa governare il principato tirannicamente, ovvero offenda la *res publica*: bisogna onorare il principe e non dire male di lui[12].

[11] In questo ultimo caso il confronto sarebbe stato impossibile, poiché non mi è riuscito di individuare la presenza dell'opera in biblioteche italiane, né ho fino ad ora avuto modo di poterla consultare in quelle (poche) in cui è presente fuori d'Italia.

[12] ALBERICI GENTILIS ... *De vi civium in regem semper iniusta*, cit., pp. 77-78. A. WIJFFELS, *Assolutismo politico e diritto di resistenza*, cit., p. 442, ritiene che l'osservazione di Gentili sia «puramente retorica». Spero di riuscire a mostrare che, invece, Althusius non la

L'ottava argomentazione che Gentili presenta, e contestualmente confuta, riguarda il diritto di autodifesa.

«Octavum porro hic argumentum est a jure ipso defensionis concessissimo per omne jus. Audi. Etiam monachus licite armata manu resisti abbati in se saevienti. & tamen non habet monachus velle, vel nolle: sed ex abbatis *quem vice Dei supra caput suum posuit, & cuius imperio se subiecit*, voluntate dependet. ... Verum argument huic respondetur, quod alia est quaestio nostra, alia hujus argumenti de justa defensione. ... Certe fugiendum est ante omnes personas, quibus debetur reverentia, & obedientia. Ut sic sunt doctorum nostrorum sententiae receptiores. Haec tamen (ut dico) defensionis quaestio alia est a nostra. Quare nec valet, si additur, quod iidem doctores tradunt, posse resisti magistratui saepe, praesertim perpetuo. ... & audit adhuc, principem non esse magistratum, sed aliquid sane multo augustius, ut Scipio frater noster post alios jam indicavit in libris De jurisdictione ...»[13].

Per Gentili il problema della violenza contro il principe non può essere affrontato in base al principio della *juxta defensio*. Sono due problemi totalmente diversi. Da colui al quale si deve onore, obbedienza, reverenza, cioè dal principe, non ci si può difendere. Tutt'al più da lui si può fuggire. Né per Gentili vale l'argomento, sostenuto dai *doctores*, che si può resistere al magistrato, soprattutto se è magistrato perpetuo. Il principe non è un magistrato, ma qualcosa di molto più «augustus».

La prima delle dieci ragioni con le quali Gentili motiva la sua totale contrarietà all'uso della violenza contro il principe riprende e ribadisce il principio addotto preliminarmente – nella prima parte della disputa – come generale e indiscusso, come «regula fundatissima et certissima»:

«I. *Regula* tenenda fortiter est. Sed *regula* est, ut principi ne maledicamus quidem»[14].

Alla regola che non si può dire male del principe non è consentita alcuna eccezione. Nella terza ragione Gentili sostiene l'impossibilità di opporre violenza alla tirannide, se al male presente della tirannide può conseguirne uno peggiore:

considerò tale. Come Gentili affida agli *interpretes juris* «il ragionamento secondo cui un'eventuale eccezione a quella asserzione [che non bisogna diffamare il principe] dovrà essere accertata» (*ibidem*), così anche Althusius utilizza le «fonti giuridiche dottrinali» per «sostenere la discussione politica» (*ibidem*, p. 443) in senso esattamente – anche metodologicamente – contrario.

[13] ALBERICI GENTILIS ... *De vi civium in regem semper iniusta*, cit., pp. 89-90. Un sintetico profilo del fratello Scipione, cui si fa esplicitamente riferimento, in A. DE BENEDICTIS, *Gentili Scipione*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, LIII, Roma 1999, pp. 268-272.

[14] ALBERICI GENTILIS ... *De vi civium in regem semper iniusta*, cit., p. 98 (corsivo mio).

«III. Quum sequi peius potest, si præsens quodam modo tollitur malum, præsens malum eo modo tollendum non est. Sed si per vim tollas tyrannicum principem, aut vim opponas tyrannidi, sequitur peius. Ergo vis opponenda tyrannidi non est»[15].

Nella quinta ragione si sostiene che non può deporre il principe chi non ha creato il principe: quindi il *populus* non può deporre il principe: «V. Ejus non est, tollere principem, qui non dedit principem. ergo populi non est tollere principem»[16].

Tirando poi le conseguenze delle sue prime sette ragioni, nell'ottava Gentili sostiene che si deve distinguere il *bonum* dall'*aequum*. Se la violenza è equa, non è però buona. Di conseguenza non si può usare violenza: «Quod bonum non est, id faciendum non est, etsi aequum est. Sed vis haec bona non est, etsi aequa est. Ergo vis haec facienda non est»[17]. Gli assunti su cui si può basare l'argumentum sono numerosi, per Gentili. Ma a quel punto il *regius professor* ne adduce uno che chiama inizialmente in causa l'autorità di Cicerone per poi controbatterla radicalmente: «Etsi omnes molestae seditiones iustae tamen nonnullae et prope necessariae»[18]. Gentili non può consentire con Cicerone sul giudizio che alcune sedizioni siano giuste e quasi necessarie, per quanto tutte siano moleste alla *respublica*. Per Gentili non sussiste alcuna possibilità che una sedizione sia in qualche modo equa. Al contrario: «Omnes sunt molestae; justae nonnullae; necessariae nullae»[19]. Perché se qualche forma di *respublica* può sussistere anche sotto un pessimo principe, nessuna invece può esistere nel caso che lo stato del principe venga messo sottosopra: «Omnes sunt molestae, quia cum principe pessimo sit respublica aliqua: quae nulla est, statu toto concusso, & commoto sub commotione principis»[20]. Qualsiasi uso della violenza, quindi, comporta compiere una *seditio*. Chiunque lo faccia si macchia del *crimen læsæ maiestatis*[21].

Se si riconosce che i singoli possano lecitamente usare violenza contro il principe, si stabilirebbe una forma di respublica che finora nessuno ha

[15] *Ibidem*.

[16] *Ibidem*.

[17] *Ibidem*.

[18] *Ibidem*.

[19] *Ibidem*.

[20] *Ibidem*, p. 99.

[21] Come attestava una tradizione di pensiero già consolidata: M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano 1974.

mai conosciuto. Ma questo, asserisce Gentili nella IX ragione, è assurdo. Quindi non si può sostenere che questa violenza sia lecita. Chi può mai ritenere che il re abbia potestà assoluta e la eserciti insieme agli Efori che gli sono sudditi?

«IX. Etiam nonum argumentum est: id est, antea hac disputazione non indicatum, quod si singulis asserimus vim sitam licitam contra principem, simul statuimus talem reipublicæ formam, qualem nullus hactenus novit. Sed hoc absurdum est. ergo vis ista asserenda non est. Aut quisquamne est, qui non statuat absurdum, statuere rempublicam ex rege, & singulo regni cive, quæ non cadit sub ullam speciem reipublicæ? Aut quisquamne est, qui regem absolutæ potestatis intelligat, & tot simul Ephoros sibi, quot habet ille subjectos? Novam rempublicam, sed commodam, in qua rex sit subjectissimus, ipsi subjecti boni timeant semper, ne quis REGI fiat, quod turbet omnes, ipsi subjecti ambitiosi nunc nova lege armati melius possint cupiditatibus suis operam dare. Magna abusio, dominam ancillari, ancillam dominari. Execrabile delictum, quando servi volunt, potestatem in dominum exercere, &c. quæ nostri in quæstione nostra tradunt late de principe tyrannice agente. Neque ego tamen latius proseguo hoc argumentum»[22].

Porre il problema di un principe legittimo ma tiranno *ex parte exercitii* è per Gentili un esecrabile delitto. Chiunque le sostenga, sono da rigettare tutte le ragioni volte a dimostrare che un principe possa agire tirannicamente. Gentili piega a suo favore, in questo senso, anche Bartolo da Sassoferrato, quando gli attribuisce (con un interpretazione univoca) la paternità della dottrina in base alla quale non vi poteva mai essere alcuna giusta causa di resistere al principe e di ribellarsi contro di lui «Hac stat Bartolus: qui docet, nullam esse posse causam justam rebellandi, aut resistendi principi»[23]. L'autorità di Bartolo serve a Gentili per arrivare alla condanna degli ugonotti, anche attraverso il riferimento ai libelli che trattano della violenza giusta e legittima contro i principi del suo tempo e alle conseguenti congiure contro il re e all'uso delle armi contro il re.

[22] ALBERICI GENTILIS ... *De vi civium in regem semper iniusta*, pp. 99-100.

[23] *Ibidem*, p. 100. Il riferimento di Gentili è qui al commento di Bartolo da Sassoferrato alla *Constitutio qui sint rebelles*, volutamente ignorando, però, la posizione dello stesso Bartolo sulla *resistentia licita*. Sul problema, D. QUAGLIONI, *«Rebellare idem est quam resistere». Obéissance et résistance dans les glosses de Bartole à la constitution «Quoniam nuper» d'Henry VII (1355)*, in J.C. ZANCARINI (ed), *Le Droit de résistance XIIe-XXe siècle*, Fontenay-St. Cloud 1999, pp. 35-46; A. DE BENEDICTIS, *Sapere, scienza e coscienza nel diritto di resistenza. Le ragioni di un seminario e del suo titolo*, in A. DE BENEDICTIS - K.H. LINGENS (edd), *Wissen, Gewissen und Wissenschaft im Widerstandsrecht*, cit., pp. 1-47, qui pp. 15-18; A. DE BENEDICTIS, *Rebellare-resistere: comunicazione politica come conflitto tra norme in età moderna*, in G. CORNI - A. DE BENEDICTIS - B. MAZOHL - L. SCHORN-SCHÜTTE (edd), *Schriften zur politischen Kommunikation, 1: Die Sprache des Politischen in actu*, Göttingen 2009, pp. 139-162, qui pp. 139-150 (= *Rebellion – Widerstand: Politische Kommunikation als Normenkonflikt in der Frühen Neuzeit*, *ibidem*, pp. 113-138, qui pp. 114-125).

«Ego scio, qui illi fuerint principes nostro tempore, in quo cusi libelli sunt de vi ista legitima, ac justa. Et vero improbissimi fuerunt principes: sed qui nullo modo impleverint mensuram, cui vis foret resolvenda. Notandum (ut pro certo credebatur) Huralti Hospitalii sententiam: quemadmodum sanctæ illius Gallicæ conjuractionis factio esset potentior, Hugonottorum defensio necessaria, sed regis causa justa, scilicet peccare conjuratos, & Hugonottos, qui arma in regem commoverint, aut contra jussum regis: etsi Hugonottos tanto minus, quanto necessitas tuendæ vitæ excusatior esse cupidine regnandi illorum. Justa illius regis causa. cujus regis? Injusta causa Hugonottorum, quæ vim faceret regi, bone Deus, quam bona causa tamen! Sed nulla causa justa ejus vis est»[24].

Gli ugonotti non avevano preso le armi contro il re per la necessità di difendere la loro vita, ma per la loro cupidigia di regnare. La loro causa era stata quindi ingiusta. La condanna degli ugonotti segna per Gentili la fine della sua disputa, consentendogli di giungere al decimo sintetico argomento grazie ad un riferimento a Scipione Ammirato: «Est Scipionis Ammirati in Tacitum disputatio decima, eadem meæ. Est alia REGIS»[25]. Il *Discorso X* del XIX libro dei *Discorsi sopra Cornelio Tacito* era dedicato al tema: «Rarissime volte e quasi non mai potersi scusare coloro i quali cospirano contro il lor prencipe». Ammirato vi sosteneva che le ribellioni non producono effetto poiché quasi sempre nascono da ambizione di potere e non da amore di libertà, cosicché a tirannide succede tirannide[26].

## II.

Di sedizioni e di congiure Johannes Althusius si occupa diffusamente nel capitolo XXXI, *De studio concordiae conservandae*. Per quanto il problema della concordia venga affrontato in numerosi altri luoghi dell'opera althusiana[27], è però in questo capitolo che l'impegno per conservare la concordia comporta tanto l'analisi delle sedizioni e dei rimedi alle sedi-

[24] ALBERICI GENTILIS ... *De vi civium in regem semper iniusta*, pp. 103-104.

[25] *Ibidem*, p. 104.

[26] Cito dall'edizione da me consultata: SCIPIONE AMMIRATO, *Discorsi sopra Cornelio Tacito*, in Fiorenza, per Filippo Giunti, 1594, pp. 510-512. La chiusura della *disputatio* nella identificazione con Ammirato è già stata segnalata da D. PANIZZA, *Il pensiero politico di Alberico Gentili*, cit., pp. 177-178 e 199-200.

[27] Come ha rilevato A.M. LAZZARINO DEL GROSSO, *Methodus (Methodice)*, in F. INGRAVALLE - C. MALANDRINO (edd), *Il lessico della Politica di Johannes Althusius*, cit. pp. 231-251. Il capitolo XXXI non ha forse conosciuto un interesse pari ad altri capitoli della *Politica*, ad eccezione forse solo di una altra Autrice di questi atti: L. BIANCHIN, *Dove non arriva la legge. Dottrine della censura nella prima età moderna*, Bologna 2005 (soprattutto nel cap. VII.3. «Il mantenimento dell'ordine pubblico», pp. 262-271; 4. «La «mutua censura» fra re ed Efori», pp. 271-277).

zioni, quanto la condanna delle sedizioni come esiziali alla respublica e alla *consociatio symbiotica.*

Il problema non era affatto nuovo per la trattatistica politico-giuridica. Fin dalla metà del XVI secolo la frattura irreversibile introdotta nella cristianità dalla Riforma prima luterana e poi calvinista, e quindi i violenti conflitti che ne erano originati, avevano prodotto ampie e articolate riflessioni sulle sedizioni e dato origine ad un genere letterario autonomo rispetto alla più generale trattatistica sul *crimen laesae maietatis*[28]. Per quanto nel capitolo althusiano non si trovi menzione esplicita di tale trattatistica, la struttura dell'argomentazione ne mostra comunque inequivocabili debiti, anche se 'mediati' da autori come Jean Bodin, Pierre Grégoire, Giovanni Botero, Justus Lipsius, Scipione Ammirato, nonché dalla profonda conoscenza dei maggiori interpreti della criminalistica italiana.

Tali debiti sono evidenti a partire dalla definizione della essenza della sedizione, che si appoggia alla nota immagine virgiliana.

«Seditio est discordia unitæ multitudinis in magistratum; vel subitus et violentus motus contra magistratum. Virgil. lib.1. Aeneid.

Ac veluti magno in populo cum sæpe coorta est
Seditio, sæavitque animis ignobile vulnus,
Jamque faces et saxa volant, furor arma ministrat»[29].

Althusius, seguendo Pierre Grégoire, espone tre rimedi generali per scongiurare le sedizioni:

«Generalia remedia Petrus Greg. lib.23. c.9. tria ponit.

26. Primum est in præcautione et præmunitione, atque in providentia, ne accidant seditiones.

Secundum est in emendatione opportuna.

Tertium est in poenis et supplicio exemplari seditiosorum»[30].

Rimedi atti a prevenire le sedizioni sono la virtù, la vigilanza e la sapienza del magistrato moderatore. Ma al magistrato spetta anche l'obbligo di togliere ai sediziosi la volontà e la facoltà di ribellarsi, sostiene Althusius basandosi su Botero.

«27. In praecautione sunt [προφυλακτικὰ], uti est virtus, vigilantia & sapientia magistratus moderatoris, qui exemplo nautarum, pacato mari de subita tempestate cogitantium,

[28] Come già una quarantina di anni fa sottolineava l'insuperato studio di M. Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis*, cit.

[29] Johannes Althusius, *Politica*, cit., cap. XXXI, § 11 (trad. it., p. 1317).

[30] *Ibidem*, p. 648 (trad. it., p. 1323).

providet semper, ut societas humana lapidum fornicationi sit similis, quæ casura esset, nisi invicem sibi obstarent, ut dicit Seneca epist. 97.

28. Qua in re studebit, & operam sedulo dabit, ut seditionis movendae voluntatem & facultatem omnibus tollat, ut neque velint, neque possint subditi esse rebelles, ut dicit Boter. lib. 4. c. 1. & seqq. & lib.5. c.4»[31].

Si può togliere ai sudditi l'intenzione e la volontà di ribellarsi rendendoli timorosi ed eliminando tutto ciò che li fa essere coraggiosi e audaci:

«29. Animus & voluntas adimitur subditis, quando audacia omni sublata, redduntur timidi, omniaque quæ animos et audaciam pariunt, adimuntur: uti sunt magistratus, munera, nobilitas, usus equorum & armorum, propugnacula, munitiones, vestitus splendidus, nimia penuria & potentia»[32].

Il secondo rimedio contro le sedizioni consiste nel prendere le opportune misure all'inizio della sedizione o quando essa è già in atto, scrive Althusius seguendo Bodin: «52. I. Incipiens seditio, ejusque initia statim sunt comprimenda»[33]. E una misura opportuna è anche impedire che vengano rivolte lamentele sul comportamento del magistrato. Chi le formula ne denuncia i vizi, l'oppressione, la tirannide; e sbandiera la libertà per rovesciare l'autorità del magistrato e impadronirsene.

«59. 7. Querelæ & ambigui de magistratu sermones, quibus vitia præsidentium, oppressio, tyrannis, exactio, luxuria exagitatur, libertas prætenditur, ut imperium evertatur, quod iidem postea invadunt, inhibeantur & comprimantur»[34].

L'abuso delle lamentele può condurre alle pericolose congiure suscitate dai maggiorenti del regno, o dai magistrati, dalle città, dai borghi e dal popolo.

«65. Formidolosæ vero imprimis sunt & periculosæ conjurationes, quæ moventur a regni proceribus, aut consanguineis magistratus: 2. Samuelis cap. 20.12. vel a potentioribus, magnatibus, præsidibus provinciarum, vel magistratibus, aut urbibus oppidisve, vel a populo. Bodin. lib.4.cap.7.de Repub.»[35].

Oltre ai rimedi generali vi sono anche i rimedi speciali, quelli resi necessari per eliminare una sedizione quando è già iniziata e in atto e quando il governo è ripudiato. È la guerra civile, anche se ai sediziosi si deve sempre accordare la possibilità di pentirsi.

«70... Specialia remedia tollendarum seditionum sunt duo; Prius consistit in pactione & compromisso, posterius in bello civili. ...

[31] *Ibidem*, p. 649 (trad. it., p. 1323).

[32] *Ibidem*, p. 649 (trad. it., p. 1322).

[33] *Ibidem*, p. 654 (trad. it., p. 1330).

[34] *Ibidem*, p. 656 (trad. it., p. 1334).

[35] *Ibidem*, p. 658 (trad. it., p. 1336 e 1338).

72. Alterum speciale remedium tollendarum seditionum est bellum civile, quo certandum est, quando coaluit, & jam fortis est seditio, & imperium detractatur, sed tamen, ut semper locus pœnitentiæ detur, et spes et metus intendatur, ut dicit Lips»[36].

Non vi è alcuna concessione alle sedizioni, quindi, da parte di Althusius. Non solo. Vi è anche la chiara conoscenza delle azioni e dei discorsi che le possono provocare.

Richiamo brevemente l'attenzione su due tipologie di discorso ambiguo sul magistrato che si presuppongono reciprocamente: 1. la denuncia della tirannide del magistrato da parte di congiurati; 2. la libertà sbandierata dai congiurati per rovesciare quell'autorità che loro stessi tentano poi di ottenere: «Denique quidam, ut imperium evertant, libertatem præ se ferunt; si perverterint, ipsam aggrediuntur, ut ait Tacitus lib.16. Scip. Amir. lib.29. discurs.10»[37].

L'*auctoritas* di riferimento per l'argomento sulla libertà è Scipione Ammirato, con il discorso X del libro XIX dei *Discorsi* dedicato al tema «Rarissime volte e quasi non mai potersi scusare coloro i quali cospirano contro il lor prencipe»[38]. Si tratta dello stesso capitolo fatto proprio da Alberico Gentili come ultimo nella sua terza disputa regale. Althusius sa bene che qualsiasi accusa di tirannide rivolta al magistrato può essere tanto pretesto per una sedizione quanto momento iniziale di una sedizione. E lo stesso vale per lo 'sbandieramento' della libertà. Su questo conviene totalmente con la posizione di Alberico Gentili. Ma su questo Althusius non può costruire alcuna regola unica, certa e ferma.

## III.

La tirannide, dunque, non è solo un pretesto. Non è solo tema di discorsi volutamente ambigui sul magistrato. Può esserlo in alcuni casi, ma non lo è necessariamente e sempre. Per Althusius il comportamento tirannico esiste. Tra i profili di tiranno presenti nel noto capitolo XXXVIII, almeno tre sono quelli che insistono sulla identificazione di comportamenti tirannici in base all'alimentare la concordia o al fomentare la discordia.

Il tiranno è nemico della pubblica tranquillità.

[36] *Ibidem*, pp. 659-60 (trad. it., p. 1341).

[37] *Ibidem*, p. 649 (trad. it., p. 1322-1323).

[38] Si veda *supra*, nota 26.

«17. Qui concordiæ & tranquillitatis publicæ turbator et hostis est, dum divisiones, schismata, simultates & diffidentiam inter subditos fovet & alit, ita, ut pars altera factionis, alteram metuat, ut neutra in ipsum rebellet, vel insurgat. Antimach. lib.3.theor.15.& 30. & qui factione existente inter subditos, uni parti plus quam alteri favet, cum possit utrique parti suo imperio jubere convenire.

Tholos. Lib.23.c.1.de Rep. Symbiosis in unione & concordia consistit, cui contraria est discordia, quæ omnenm consociationem tollit & rumpit»[39].

È tiranno il principe che toglie ai sudditi la volontà e la capacità di resistere alle sue azioni tiranniche e inique.

«23. Tyrannis, quæ in privatorum hominum subditorum abusu consistit, est, quando hoc agit princeps, ut subditis adimat tum voluntatem, tum facultatem resistendi sibi tyrannice & inique agenti»[40].

È tiranno chi favorisce la discordia tra i sudditi e impedisce loro di agire unanimemente contro le sue violenze.

«25.5. Quando discordias inter subditos alit, fovet, seminat, ut hisce impediti consensu unanimi contra injurias & vim tyranni nihil agere possint»[41].

Althusius non può quindi accettare la «regula fundatissima et certissima» di Gentili, in base alla quale non si può e non si deve mai dire male del principe. Quindi Althusius respinge l'argomentazione di Gentili. Afferma il contrario di quanto diceva Gentili. Nega le affermazioni di Gentili. E lo fa esplicitamente. Perché se per Alberico Gentili la *respublica* è costituita dal re e dai buoni cittadini suoi sudditi (e a lui inferiori), che nulla mai faranno per turbare il sovrano, per Althusius invece la *respublica* non può fare a meno degli Efori. Gli Efori non sono in alcun modo semplici buoni cittadini sudditi del re. La posizione di Gentili al riguardo (così riportata: «Ergo Ephori, qui sunt minores rege, non possunt resistere tyranno») è drasticamente rifiutata da Althusius. Gli Efori sono superiori al principe.

«Contrarium ego assero. Revera enim Populus & Ephori sunt superiores principe, quem ipsi constituerunt, a quibus, quam habet potestatem, ille accepit. Sic quoque Capitulum supra Episcopum, Senatum supra Consules esse, supra demonstravi. Deinde tyrannus ejusmodi desinit esse rex & persona publica, & ob tyrannidem suam incipit esse privatus, cui obedientia non debetur in illis, in quibus jurisdictionis suæ limites excedit. ... Impium & absurdum est dicere, Deum omne jus suum resignasse & in magistratu contulisse, ita ut magistrati usurpanti sibi ea, quæ solius Dei eique soli sunt præstanda, non resistere liceat, ut Deo jus suum illibatum maneat»[42].

[39] JOHANNES ALTHUSIUS, *Politica*, cit., p. 889 (trad. it., pp. 1723 e 1725).

[40] *Ibidem*, p. 891 (trad. it., p. 1727).

[41] *Ibidem*, p. 893 (trad. it., p. 1729).

[42] *Ibidem*, p. 918 (trad. it., p. 1773).

Non mi soffermerò qui sull'importanza che il ruolo dell'Eforato ricopre nella *Politica methodice digesta*. Si tratta di un luogo molto frequentato dalla *Althusiusforschung* più o meno recente[43].

Ma vale la pena, per il problema di cui mi sto occupando, riprendere quel paragrafo del capitolo XXXVIII che il *syndicus* di Emden fa precedere al serrato confronto con le debolissime ragioni di chi quel potere/dovere negava – Gentili, Barclay, Beccaria –, riassumendo poteri e doveri propri degli Efori per predisporre i rimedi necessari ad abbattere la tirannide. Scrive Althusius nel paragrafo 76:

«Potest etiam ex optimatibus unus, vel pars una regni, peculiarem regem, aut novam Reipublicæ formam sibi deligere, derelicto reliquo corpore, cui adhærebat, quando vel istius partis totius publica manifestaque salus id omnino suadet, vel leges patriæ fundamentales a magistratu non observantur, sed obstinate violantur & insanabiliter, vel verus Dei cultus jussusque patefactus, id fieri diserte præcipit & postulat. Et tum hæc pars statum suum & formam novam ejusmodi ad versus reliquas ejusdem regni partes, a quibus descivit, defendere vi & armis potest»[44].

Gli esempi che provano la fondatezza del principio in base al quale anche uno solo degli ottimati, o una sola parte del regno, può abbandonare la *respublica* di appartenenza se il magistrato è tiranno e sceglierne una nuova sono tratti, come di consueto, dall'Antico Testamento. Sono le storie di Israele e di Davide, della tribù di Giuda e di Israele e di Saul, di Ieoiada e di Atalia, della città di Libna.

Alcuni di quegli stessi esempi erano stati addotti da Alberico Gentili nella prima parte della terza disputa regale per negare la legittimità della defezione di sudditi dal loro re, sulla base di due principi: che «non esse exemplis iudicandum, sed legibus»[45]; e che «Erant tum rationes istorum

[43] Tra i lavori più recenti in Italia, ognuno dei quali con ampi riferimenti bibliografici: G. DUSO, *Il governo e l'ordine delle consociazioni: la «Politica» di Althusius*, in G. DUSO (ed), *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna*, Roma 1999, pp. 77-94; L. CALDERINI, *La «Politica» di Althusius tra rappresentanza e diritto di resistenza*, Milano 1995; S. TESTONI BINETTI, *Ephori*, in F. INGRAVALLE - C. MALANDRINO (edd), *Il lessico della Politica di Johannes Althusius*, cit., pp. 169-185; C. MALANDRINO, *L'eforato in Althusius*, in *Magistrature repubblicane. Modelli nella storia del pensiero politico*, Atti del convegno, in «Il Pensiero politico. Rivista di Storia delle Idee Politiche e Sociali», 60, 2007, 2, pp. 410-419; H. HOFFMANN, *Rappresentanza – rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*, Milano 2007, pp. 439-454 (cap. VI: «Rappresentanza e potere»; cap. V: «La rappresentanza per ceti territoriali»; cap. VI: «Althusius: la dottrina della doppia rappresentanza»).

[44] JOHANNES ALTHUSIUS, *Politica*, cit., p. 915 (trad. it., pp. 1767 e 1769).

[45] ALBERICI GENTILIS ... *De vi civium in regem semper iniusta*, p. 87.

quædam speciales, quæ nunc aptæ non sint: quæque illæ demum erant. Ne est illud exemplum trahendum in consequentias. quod & contra rationem juris sit»[46].

Se Gentili nega la legittimità degli *exempla*, Althusius ricorda però che nel *De iure belli* lo stesso Gentili aveva sostenuto che i sudditi privi della protezione del loro principe potessero cercare la protezione di un altro principe:

«Sic etiam subditi ab auxilio suo magistratus, qui eos non defendit, cum deberet, juste ad alium principem confugere possunt, Alberic. Gentil. lib.I. de jure belli. cap.23. et alii se submittere: Decian. lib.7. crim.c.49.n.29. atque si recuset justitiam administrare, illi resistere poterint, atque tributorum solutionem denegare. Lucas de Penna in l.I. C. de superind. lib. 10. Alciat. in l. placet. n. 11. C. de sacrosanct. eccles. Decian. d. loc. n. 27.28. Vide supra c. 8. n. 91.92.»[47].

Althusius non può consentire con Gentili. Usa gli stessi esempi dalle Sacre Scritture e li ribalta. Contrasta l'opinione di Gentili sulla costituzione di una *respublica*. Dimostra che gli Efori non congiurano contro il principe. Gli Efori riconoscono nel principe il tiranno, quindi possono e devono rimuoverlo.

«86. Non tyrannis, sed eversio tyrannidis Rempublicam facit. Negatur quoque esse commotio, quando optimates justo et legitimo modo tyrannidem exercenti resistunt, sub ephoris vero esse Rempublicam ex iis quae supra diximus, abunde liquet. Tyrannus evertit Rempublicam, uti de Saule David conqueritur Psal.75.v.4. ubi Junius: ephori vero erigunt, et defendunt: Nec enim latronum conventus et conspiratio contra leges, Rempublicam facit, uti disputat Cicero in paradoxis. Addo, historias ostendere, interfectis tyrannis, Rempublicam convaluisse et melius habuisse, uti David de se gloriatur d.Psal.75.4.5.6. Moses et Aaron contra Pharaonem non concitarunt populum Israeliticum»[48].

[46] *Ibidem*, 88. Un riferimento in A. WIJFFELS, *Assolutismo politico e diritto di resistenza*, cit., pp. 448-449.

[47] JOHANNES ALTHUSIUS, *Politica*, cit., p. 916 (trad. it., p. 1769). Per il riferimento a Gentili, A. GENTILI, *Il diritto di guerra (De iure belli libri III, 1598)*, introduzione di D. QUAGLIONI, Milano 2008: cap. XXIII: «Dei sovvertimenti dei regni», pp. 165-166: «I nostri giuristi insegnano, e lo dimostra un diritto chiarissimo, che i sudditi, quando rimangono privi della protezione di un principe, come prima di Carlo Magno erano stati abbandonati i Romani da parte del sovrano di Costantinopoli, e sono afflitti da armi nemiche, come erano allora afflitti i Romani da parte dei Longobardi, hanno il diritto di cercare la protezione di un altro principe e di riconoscerlo come loro sovrano. La condizione di principe è correlativa rispetto a quella dei sudditi. L'uno è tenuto a difendere gli altri e viceversa ... I sudditi sono scusati se per timore della morte e della deportazione si sottomettono ai nemici e giurano la loro fedeltà consegnando le città. Tuttavia con ciò non voglio dire che il diritto del principe ne rimanga sminuito».

[48] JOHANNES ALTHUSIUS, *Politica*, cit., p. 919 (trad. it., p. 1774).

Gli Efori che resistono in modo giusto e legittimo a colui che esercita la tirannide non sono sediziosi. Non mettono in atto alcuna ribellione. Al contrario, risollevano e difendono la *respublica* che è stata rovesciata dal tiranno. È il rovesciamento del tiranno che crea la *respublica*. Quindi – e ritorno così alla citazione iniziale dalla quale sono partita – la *respublica* esiste anche sotto gli Efori: «Sub ephoris vero esse Rempublicam ex iis quæ supra diximus, abunde liquet». Né può essere diversamente per chi, come gli Efori, hanno giurato di dedicare alla patria tutto il loro impegno: «patriæ officium suum, operam, studium & fidem suam, in hoc rerum statu promiserunt & adduxerunt»[49].

Sostenere, come fa Althusius, che la *respublica* esiste anche sotto gli Efori e che il rovesciamento della tirannide operato dagli Efori crea la *respublica*, significa riconoscere che la loro resistenza è un elemento costitutivo e consustanziale alla *respublica*[50].

## IV.

Il problema del 'diritto di resistenza' in Althusius è tema antico nella ricerca e continuamente rifrequentato[51]. Un problema è però rimasto in ombra e vorrei ora segnalarlo. Si tratta di un elemento strutturale nella elaborazione althusiana del *jus resistendi*, che nel capitolo XXXVIII – e quindi anche nel confronto/scontro con Alberico Gentili – è evidente proprio in

[49] *Ibidem*, p. 918 (trad. it., p. 1772). Sugli Efori come difensori della 'patria', R. VON FRIEDEBURG, *Widerstandsrecht, Untertanen und Vaterlandsliebe: Die Politica des Johannes Althusius von 1614 und ihre Rezeption in einem ständisch-fürstlichen Konflikt (1647-1652)*, in F. S. CARNEY - H. SCHILLING - D. WYDUCKEL (edd), *Jurisprudenz, politische Theorie und politische Theologie. Beiträge des Herborner Symposions zum 400. Jahrestag der Politica des Johannes Althusius, 1603-2003*, Berlin 2004, pp. 261-285.

[50] Sul concetto in Althusius, C. ZWIERLEIN, *Respublica (Regnum, Politeia)*, in F. INGRAVALLE - C. MALANDRINO (edd), *Il lessico della Politica di Johannes Althusius*, cit., pp. 277-293.

[51] Oltre i titoli già citati *supra*, alla nota 44, per il problema del diritto di resistenza in Althusius si vedano (ma è solo un breve elenco ampiamente in difetto) M. TURCHETTI, *Tyrannie et tyrannicide de l'Antiquité à nos jours*, Paris 2001, pp. 553-563 (con riferimento alla polemica Althusius - Gentili, p. 561); D. WYDUCKEL, *Althusius und die Monarchomachen*, in E. BONFATTI - G. DUSO - M. SCATTOLA (edd), *Politische Begriffe und historisches Umfeld*, cit., pp. 152-155; R. VON FRIEDEBURG, *Widesrtandsrecht, Notwehr und die Repräsentation des Gemeinwesens*, *ibidem*, pp. 298-305. Il contributo di Althusius alla evoluzione del *jus publicum* in Germania è stato recentemente e di nuovo affrontato da C. STROHM, *Calvinismus und Recht. Weltanschaulich-konfessionelle Aspekte im Werk reformierter Juristen in der Frühen Neuzeit*, Tübingen 2008, pp. 199-250.

relazione alla valutazione della *seditio*, cioè a proposito di una fattispecie del *crimen laesae maiestatis* e del suo ruolo nel diritto pubblico. Tra le fonti di Althusius, e soprattutto nel capitolo XXXVIII, sono numerosi i criminalisti del XV e XVI secolo, e di gran lunga prevalenti gli italiani: Claro, Cravetta, Dalla Valle[52], Decio, Deciani, Farinacci, Giganti, Maranta, Menochio, Pellegrini e altri[53]. Gli argomenti di Althusius sulla resistenza si basano ripetutamente su quei trattati, che peraltro hanno come oggetto il *crimenlæesæ* e 'criminalizzano' sedizioni, tumulti, ribellioni. Presento un solo esempio, a mio parere significativo.

Nel paragrafo 42 *Notorie inique agenti licet resistere*; nel paragrafo 102 *Resistentia quando licita*; nel paragrafo 110 *Civitates singulæ, an contra magistratum suum insurgere possint* è sempre citato, tra gli altri, Prospero Farinacci e la sua *Praxis et theorica criminalis*, specificamente la *quæstio* 32 del libro I. Argomento della *quæstio* è: «Eximens captum ex manibus familiæ, quando, & qua pœna puniatur: quando liceat Iudici & eius exequtoribus impune resistere: & e contra, quando liceat exequutoribus resistentes vulnerare, & occidere»[54]. La *regula* è «Iudici & eius Officialibus resistendum non est». Ma è seguita dalla *limitatio* «Iudici & eius Officialibus iniuste exequentibus resisti potest»; e da una successiva «Iudici procedenti iuris ordine non servato resisti potest»; e da una posteriore «Iudici contra iustitiam aliquid præcipienti obediendum non est»; e ancora «Iudici volenti exequi suam sententiam post appellationem interpositam impune resisti potest».

C'è una *regula*: non si deve resistere. Ma c'è anche una *limitatio* alla *regula*: si può resistere. Nella criminalistica del XV e XVI secolo il costante processo di ampliamento delle fattispecie del *crimenlæsæ*[55] non impedisce ancora la resistenza. Il «procedimento scolastico del tardo bartolismo» delle

[52] Di Della Valle mi sono brevemente occupata in A. De Benedictis, *«La figura quadrata non deve essere trasformata in rotonda». La dottrina del privilegio e la pace di Costanza in età moderna*, in G. Dilcher - D. Quaglioni (edd), *Gli inizi del diritto pubblico, 2. Da Federico I a Federico II / Die Anfänge des öffentlichen Rechts, 2. Von Friedrich Barbarossa zu Friedrich II* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Contributi/Beiträge, 21), Bologna - Berlin 2008, pp. 341-361.

[53] D. Quaglioni, *Tyrannis*, cit., p. 334, ha rilevato l'«indole generale» e l'«impostazione schiettamente penalistica (come dimostrano le numerose allegazioni dei trattatisti protomoderni in tema di *crimen laesae maiestatis*, dal Giganti al Farinaccio)» della definizione di tiranno e di tirannide.

[54] Cito dalla edizione Prospero Farinacci, *Praxis et theorica criminalis*, Pars prima, Tomus secundus, Lugduni, Sumptibus Horatij Cardon, 1614. La *quæstio* è alle pp. 97-112.

[55] Come ampiamente dimostrato da M. Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis*, cit.

*quæstiones*, *limitationes*, *ampliationes*[56] passato al vaglio della *methodus* di Althusius consente che una scelta di campo «come quella della legittimazione del diritto di resistenza» trovi «nel suo sistema, volutamente e per così dire, necessariamente, una collocazione e giustificazione in primo luogo di ordine metodologico e razionale»[57]. La «regula fundatissima et certissima» del metodo di Alberico Gentili invece non lo consente.

La diatriba sul «diritto di resistenza» non si è certo neppure minimamente conclusa allora, quattro secoli fa. Lo ha dimostrato la periodica e continua riproposizione del problema di fondo, fino alle discussioni su alcune costituzioni contemporanee e all'interesse storiografico che periodicamente risolleva[58].

[56] Su Farinacci rinvio sinteticamente alla voce di A. MAZZACANE, *Farinacci Prospero*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, 45, Roma 1995, pp. 1-5, la citazione è a p. 3.

[57] A.M. LAZZARINO DEL GROSSO, *Methodus (Methodice)*, cit., pp. 250-251.

[58] Alcuni contributi in D. Quaglioni, *Le débat sur l'inscription du droit de résiatance dans les Constitutions européennes après la seconde guerre mondiale*, in J.C. ZANCARINI (ed), *Le Droit de résistance*, cit., pp. 319-330; A. DE BENEDICTIS, *Resistere: nello Stato di diritto, secondo il diritto 'antico', nell'Europa del 'diritto al presente'*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 31, 2002, pp. 273-321. Una recentissima analisi in E. VITALE, *Difendersi dal potere. Per una resistenza costituzionale*, Roma - Bari 2010, con ripetuti riferimenti a Althusius, soprattutto alle pp. 101-104.

*Résumé*

«Contrarium ego assero». Althusius versus Gentili in der «Politica methodice digesta»

Dieser Beitrag möchte mit einem Vergleich der Positionen von Johannes Althusius und Alberico Gentili zum Problem, ob die *cives / subditi* Gewalt gegen den Fürsten anwenden können, zwei verschiedene Verständnisse von Souveränität und *respublica* im politisch-rechtlichen Denken darlegen. Analysiert wird zu diesem Zweck Kapitel XXXVIII: *De tyrannide ejusque remediis* der *Politica* von Althusius mit seinem ausdrücklichen Verweis auf die dritte der *Regales disputationes* (*De vi civium in regem semper iniusta*), die 1605 von Alberico Gentili veröffentlicht wurde und zwar im Lichte von Kapitel XXXI: *De studio concordiae conservandae* von Althusius' *Politica.*

Im Kapitel *De tyrannide ejusque remediis*, also in der Ausgabe aus dem Jahr 1614, widerlegt Althusius entschieden die von Alberico Gentili aufgestellte sichere, unanfechtbare und allgemeine Regel: keinem *civis / subditus* steht es zu, gegen den Fürsten Gewalt anzuwenden. Für Gentili sind alle *cives / subditi* in gleichem Maß unterschiedslos dem Fürsten unterlegen und müssen ihm Folge leisten: auch die Ephoren.

Althusius weist Gentilis Regel im Wesentlichen aus drei Gründen zurück. An erster Stelle weil diese Regel annimmt, die Ephoren seien aufständisch, wenn sie den Fürsten kritisieren. An zweiter Stelle, weil diese Regel demzufolge den Ephoren die *potestas* als Vertreter des *populus* abstreitet und deren Bedeutung gegenüber den höchsten Magistraten, was Althusius hingegen seit der ersten Ausgabe der *Politica* im Kapitel XVIII hatte beweisen wollen. Und drittens, weil Althusius keine einzige, sichere und beständige Regel zur Bewertung von aufständischen Verhaltensweisen aufstellen kann.

Althusius analysiert die Aufstände und das Niederschlagen derselben hauptsächlich in Kapitel XXXI der *Politica*, das dem Engagement gewidmet ist, welche zur Bewahrung von Eintracht und zum Vermeiden von Zwietracht erforderlich ist. Seine Verurteilung von Aufständen als verhängnisvoll für die *respublica* und die *consociatio simbiotica* ist fest und entschieden. Hierin stimmt Althusius ausdrücklich mit Gentili überein. Aber sein Verständnis weicht radikal von dem Gentilis ab, wenn es darum geht, Einzelheiten, bestimmte Aktionen und gewalttätiges Verhalten von Untertanen gegenüber dem *princeps* zu bewerten. Für Gentili ist solches Verhalten immer aufständisch, insofern als der Fürst immer im Recht ist,

auch wenn er das Fürstentum tyrannisch regiert. Für Althusius hingegen kann ein solches Vorgehen eine angemessene Abhilfe gegen die Tyrannei darstellen und von denjenigen in die Praxis umgesetzt werden, die die legitime Macht dazu haben, also von den Ephoren.

Wenn für Gentili eine Form von *res publica* unbekannt, undenkbar und unzumutbar ist, in welcher der Fürst die absolute Macht hat und diese zusammen mit den Ephoren, seinen Untertanen, ausübt, ist für Althusius andererseits die *res publica* nicht ohne die Ephoren denkbar. Für ihn sind die Ephoren in keiner Weise einfach gute Bürger-Untertanen des Königs: sie sind in Wirklichkeit dem Fürsten überlegen und haben die *potestas* sich einem tyrannisch regierenden Prinzen zu widersetzen. Auf der Grundlage einer solchen *potestas* können und müssen die Ephoren mit Gewalt gegen den *ex exercitio* als Tyrannen erkannten Fürsten vorgehen.

Althusius' *methodus* erlaubt so eine rationale Rechtfertigung von Gewaltanwendung gegen den fürstlichen Tyrannen durch die Ephoren, was hingegen die einzige und sichere Regel von Gentili nicht erlaubt.

*Übersetzung von Friederike Oursin*



# Jean Tavard – der vergessene «Staatsdenker»

## «Iurisdictio» und «Imperium» im juristischen Diskurs der französischen Renaissance

von *Andreas Karg*

## I.

«QUANTA sit in Iurisdictionis & imperii tractatu obscuritas (sapientivime praeses) facilius est tibi aestimare, quàm mihi ullo modo scribere. Duae sunt, ut ego arbitror, huius rei caussae praecipuae: una antiquorum interpretum ignoratio, quorum alii vel nihil, vel certè parum in hoc argumento viderunt: alii etiam talpis caeciores fuerunt: altera, pertinax quorundam recentiorum digladiatio, qui dum constantis doctrinae gloriam & opinionem affectant, scribendo reliquis minus prodesse possunt»[1].

Ohne sonderliche Achtung vor den Leistungen früherer wie ihm zeitgenössischer Autoren begründete im Jahr 1557 ein gewisser Ioannes Tavardus Borboniensis seinen Entschluss, über die *iurisdictio* und das *imperium* zu publizieren, und zwar gegenüber Jean de Mansencall, dem damaligen «premier président du Parlement de Toulouse»[2].

Erkennbar konnte jener Jean Tavard, der mit dem Traktat *De iurisdictione et imperio* zum ersten Mal vor eine Leserschaft trat, nicht den Anspruch erheben, eine objektive Bestandsaufnahme des bereits jahrhundertealten Diskurses um die *iurisdictio*, das *imperium* – und darin eingeschlossen: um die *potestas* – geleistet zu haben. Wohl vor allem um des rhetorischen Effekts willen, der die vorgelegte Schrift aus dem Dunkel mechanischer *imitatio* ins helle Licht kreativer *aemulatio* heben und ihren Anspruch auf Originalität transportieren sollte, hatte der Jurist und Humanist kurzerhand und kühn all jene bedeutungsvollen juristischen und theologischen Erörterungen marginalisiert, die im Hoch- und Spätmittelalter

[1] JEAN TAVARD, *De Iurisdictione et imperio*, Toulouse 1557, S. 3; hier hinzugezogenes Exemplar verzeichnet in D.J. OSLER, *Catalogue of Books Printed on the Continent of Europe from the Beginning of Printing to 1600 in the Library of the Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main* (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 130), Frankfurt a.M. 2000, S. 522, Nr. 2039.

[2] Zum Parlement de Toulouse immer noch: JEAN BAPTISTE DUBÉDAT, *Histoire du Parlement de Toulouse*, 2 Bde., Toulouse 1885.

um Herrschaftsrecht(e) und Herrschaftsausübung, um die legalen und legitimen Formen rechtlich-politischer Hierarchisierung gekreist hatten.

Zugleich in die Bedeutungslosigkeit gestoßen fanden sich die Diskutanten, die im 16. Jahrhundert darüber stritten, was eigentlich die *iurisdictio* ausmache, bis wohin sie reiche und wie sie sich zum *imperium* verhalte. Gewiss waren deren Dispute, die um Befehlsgebungs- und Rechtsprechungskompetenz kreisten, in ihrem Anfang fachinterne Debatten der «eleganten Jurisprudenz», vornehmlich über die Anwendung der im Humanismus erarbeiteten, philologisch-historisch-kritischen Methode auf bestimmte Rechtsquellen, namentlich auf bestimmte Passagen der justinianischen Kodifikation[3]; und dass ein gehöriges Maß an standesbewusster Eitelkeit der *iurisconsulti* in diese eingeflossen war, darf ebenfalls als sicher gelten[4].

Vorderhand mochte also die Spitze, welche Tavard gerade gegen die *recentiores*, die neueren Autoren, gesetzt hatte, der Berechtigung nicht völlig entbehrt haben. Als Beispiel könnten hier die *De iurisdictione & imperio libri duo* des Jean Gillot gelten, die ihr Autor, der zwei Jahre am Parlement de Paris zugebracht hatte, gegen Ende der 30er Jahre des 16. Jahrhunderts vorgelegt hatte[5]. Zumindest gibt Gillot in ihrem Prooemium als eigenen Antrieb – mit einiger Aufgeregtheit – den in der gerichtlichen Praxis verderbten Gebrauch der Termini *iurisdictio* und *imperium* an, der mit ihrer Verwendung im akademischen Betrieb nicht in Einklang zu bringen sei[6]. Doch wird man vielleicht auch einem Gillot, der im späteren

[3] So etwa *Dig.* 2.1. «De iurisdictione»; *Cod.* 3.13. «De iurisdictione omnium iudicum et de foro competenti »; *Inst.* 4.17 «De officio iudicis».

[4] Mit besonderer Hervorhebung des Streits um die Autorschaft der juristisch-humanistischen Exegese: C. STROHM, *Ethik im frühen Calvinismus. Humanistische Einflüsse, philosophische, juristische und theologische Argumentationen sowie mentalitätsgeschichtliche Aspekte am Beispiel des Calvin-Schülers Lambertus Danaeus* (Arbeiten zur Kirchengeschichte, 65), Berlin - New York 1996, S. 212 ff.

[5] JEAN GILLOT, *De iurisdictione & imperio libri duo*, Paris [1537/38].

[6] JEAN GILLOT, *De iurisdictione et imperio*, in *Tractatus universi iuris*, Venedig 1584, Bd. 3, fol. 2-18, hier: I, Prooemium, fol. 2: «Vix enim vbi aliquandiu in suprema hac Parisiorum curia versatus sum, humanè ferre potui, quod de iurisdictione & imperio summis vigilijs, inexhausto labore, longoque tempore in scholis & audieram, & didiceram, nullius in foro vsus esse. Nam liquido id asserere possum (animum enim diligenter aduerti) toto hoc biennio, quo iam in celeberrimo hoc totiusque orbis consultissimo aequissimoque foro versor, iurisdictionis verbum in id significatum aut prolatum aut vsurpatum esse, quod ab omnibus hactenus traditum receptumque est, vt tam de re ciuili pecuniariaque dicant. Imperii aut meri aut mixti verba, ne nosciari quidem memini. Et tamen omnium

scharf – indes weiterhin begrifflich – die Kompetenzen des Gerichtsmagistrats von der Gesetzgebungskompetenz des Herrschers trennt[7], nicht vollends absprechen können, dass ihn über den eigenen Geltungsdrang und die Anliegen seiner Disziplin hinaus auch politische Anschauungen bewegten; und fraglos hatte es im Frankreich des 16. Jahrhunderts eine politische Konnotation, wenn kein geringerer als Eguinaire François, Baron de Kerlouan, in den 40er Jahren festhielt:

«Dare mensuras, & pondera: item thesauri, bonorum vacantium, fluminum publicorum ius, & sigilla habere contractuum: creare magistratus, & tabelliones, non ad iurisdictionem, sed ad dominum iurisdictionis mores referunt, cognoscere vero de his rebus ad iurisdictionem: vt nos legem constituere, non ad iurisdictionem Principis, sed ad Principem referimus, Vt constituendum sit *haulte iustice* aliquid amplius quam merum imperium habere ad animaduertendum in facinorosos, certe ad eum pertinere qui summam iurisdictionem habet»[8].

Jean Tavard hatte es sich gewiss zu leicht gemacht, als er sich mit den eingangs zitierten Worten gleichermaßen zum Richter über «Alte» und «Neue» erhoben hatte.

## II.

In jedem Fall sind Zweifel angebracht, ob sich die *respublica litteraria* des 16. Jahrhunderts, der Wissensbetrieb der sich ihrem Ende zuneigenden Welt der Renaissance, schließlich erfolgreicher hat freimachen können von dem Einwirken umgebender Faktoren, als dies je einer früheren oder späteren Bildungslandschaft gelungen wäre. Immerhin hatten für Frankreich spätestens mit dem Regierungsantritt von Heinrich II., wenn nicht bereits mit den letzten Jahren der Regierung von Franz I., vor dem

frequentissimae in foro controuersiae causaeque de his rebus incidunt. Porro quos non miretur magistratuum dignitatem, authoritatemque in iurisdictione & imperio constitutas esse: his tam in reddendo iure eos ipsos vti, his demum effici vt suum cuique tribuat, & tamen nos ne verborum quidem ipsorum significata tenere?».

[7] *Ibidem*, I, 21, fol. 16: «Sciendum est Alciatum, Longouallium, & Zasium rectissimè existimasse legis sanciendae potestatem, neque imperii, neque vllius iurisdictionis esse, haec enim forensia verba sunt, pertinentque ad magistratum quasi ius inter partes contradicto potissimum reddentem ... Itaque cum in condendae legis negotio nec partes, nec iudex, nec iudicium esse possunt, legis sanciendae potestas nullius neque imperii, neque iurisdictionis erit. Idque ridiculum est quaerere, nusquam enim neque apud iurisconsultum imperatoremve, neque apud alium quemcunque idoneum authorem reperias, imperio cuiquam adscribi ferendae legis potestatem, sed principali authoritati».

[8] Eguinaire François, Baron de Kerlouan, *De jurisdictione*, in ders., *Opera omnia in tres tomos divisa* ..., Paris 1562, Bd. 3, S. 47.

Hintergrund des heraufziehenden Konfessionskonflikts, Themen begonnen, die politische Agenda zu prägen, die einen evident juristischen Gehalt hatten und die in der Lage waren, den ohnehin strukturell angelegten Kompetenzkonflikt zwischen den großen Institutionen, namentlich zwischen den Parlements und der Krone, in beträchtlichem Maße anzuheizen[9]. So ist schwer vorstellbar, dass man am Ende der 40er oder spätestens in den 50er Jahren des 16. Jahrhunderts noch über die *iurisdictio* und das *imperium* schreiben konnte, ohne den zunehmend autokratischen Gesetzgebungsstil der Valois vor Augen zu haben oder ihre zahllosen Versuche, durch die Installierung einer Sondergerichtsbarkeit der vermeintlichen protestantischen Unterwanderung der französischen Höchstgerichte Herr zu werden, deren mangelnde Effizienz in der «Ketzerverfolgung» tatsächlich vielfach in ihrer Überlastung gründete. Es ist kaum denkbar, dass sich über Kernfragen staatlicher Verfasstheit nachdenken und diskutieren ließ, ohne zugleich wahrzunehmen, wie sich einerseits die Krone mühte, die scharfen Waffen der Parlements stumpf zu schleifen, namentlich die aus dem Vorgang der Registrierung von Gesetzen abgeleitete Prüfungskompetenz der französischen Höchstgerichte sowie im Ganzen das Remonstrationsrecht, und wie andererseits die Parlementaires hartnäckig eintraten für den Erhalt der eigenen Rechte und Privilegien wie für den der überkommenen, rechtlich-politischen Ordnung, des tradierten institutionellen Gepräges des Königreichs. Dieses war ihrer Auffassung nach zwar durch konsensuale monarchische Rechtsetzung an die sich verändernden Umstände anzupassen, nicht aber einseitig oder sogar radikal fortzubilden[10].

Zeugnisse dafür, dass der bewusste Diskurs um die *iurisdictio* und das *imperium*, um «Herrschaft» und deren Beziehung zur Rechtsprechung, beziehungsweise Gesetzgebung, zu irgendeinem Zeitpunkt einen Gegenwartsbezug erhielt, sind nicht selten mit Toulouse, der Hauptstadt des Languedoc, verbunden, deren Rechtsfakultät für das 16. Jahrhundert wohl als «Kaderschmiede» der französischen Kronjurisprudenz bezeichnet

[9] Siehe auch L. SCHILLING, *Normsetzung in der Krise. Zum Gesetzgebungsverständnis im Frankreich der Religionskriege* (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 197), Frankfurt a.M. 2005, S. 149 ff.

[10] Zum gespannten Verhältnis von Krone und Parlements zur Zeit der französischen Reformation N.L. ROELKER, *One King, One Faith. The Parlement of Paris and the Religious Reformations of the Sixteenth Century*, Berkeley CA u.a. 1996; W. MONTER, *Judging the French Reformation. Heresy Trials by Sixteenth-century Parlements*, Cambridge u.a. 1999; S. DAUBRESSE, *Le parlement de Paris ou la voix de la raison (1559-1589)*, (Travaux d'humanisme et Renaissance, 398) Genève 2005.

werden darf. Hier stößt man auf einen Humanistenzirkel, der sich einst um den Rechtsprofessor Jean de Boyssoné gebildet hatte und dessen geistiger Mittelpunkt in den Jahren, in denen Jean Tavard in Toulouse weilte, Jean de Coras war[11], de Boyssonés Schwiegersohn und Lehrstuhlnachfolger. Auch wenn sich ebenso Vertreter anderer *artes* und *disciplinae* in diesem Kreis ausmachen lassen, wurde er in erster Linie doch aus Juristen gebildet. Toulouse war, was leicht vergessen wird mit Blick auf Bourges, das gemeinhin als Hochburg des so genannten «juristischen Humanismus» gilt, durchaus ein Zentrum der historisch-philologisch-kritischen Beschäftigung mit dem Recht, wie es insgesamt – wenn auch nur für einige Jahrzehnte – eine von der humanistischen Bildungsbewegung erfasste Stadt war; bis in die Poesie[12] und Architektur[13] hinein unverkennbar eine Stadt der Renaissance[14].

Einige Beispiele an Schriften juristisch-politischer Relevanz, die durch das «Toulouser Klima» geprägt worden waren, seien hier kurz genannt: Man denke an den Fürstenspiegel *De officio et potestate principis in republica* (1550) des deutschen Humanisten Jakob Omphalius, der von 1534-1537 an der Rechtsfakultät von Toulouse studiert hatte[15]. Omphalius' Herrscher ist primär oberster Gerichtsherr, doch verfügt er explizit auch frei über

[11] Zu ihm A. LONDON FELL, *Origins of Legislative Sovereignty and the Legislative State*, Boston MA u.a. 1983 ff., Bd. 1: *Corasius and the Renaissance Systematization of Roman Law*.

[12] Dies stellt vor allem ab auf die *Jeux floraux*, den berühmten jährlichen Dichterwettstreit von Toulouse, der sich im 16. Jahrhundert von einer Institution der okzitanischen Troubadourkultur zu einer strikt humanistischen Veranstaltung wandelte; siehe u.a.: P. ESCUDÉ, *Conflits poétiques et politiques au sein des Jeux floraux. Pour une histoire de l'Humanisme dans le premier XVIe siècle Toulousain (1513-1562)*, in «Annales du Midi», printemps 2002, S. 183-199.

[13] Zum architektonischen Ausbau von Toulouse zur Renaissancestadt etwa H. RAMET, *Le Capitole et le Parlement de Toulouse*, Toulouse 1926.

[14] Den Ansatz zu einem 'intellektuellen Porträt' von Toulouse bietet nach wie vor: J.C. DAWSON, *Toulouse in the Renaissance. The Floral Games, University and Student Life, Étienne Dolet (1532-1534)*, (Columbia University, Studies in Romance Philology and Literature) ND der Ausg. New York 1923, New York 1966; siehe nun auch N. DAUVOIS (Hrsg.), *L'humanisme à Toulouse (1480-1596)*, Actes du colloque international de Toulouse, mai 2004 (Colloques, congrès et conférences sur la Renaissance européenne, 54), Paris 2006.

[15] JAKOB OMPHALIUS, *De Officio et potestate Principis in Republica bene ac sancte gerenda. Libri duo*, Basel 1550; zu Omphalius und seinem Fürstenspiegel I. AHL, *Humanistische Politik zwischen Reformation und Gegenreformation. Der Fürstenspiegel des Jakob Omphalius* (Frankfurter historische Abhandlungen, 44), Stuttgart 2004.

das positive Recht[16]. Erinnert sei ebenso an Thomas Smith, den Gesandten Elizabeths I., der sich 1564/65 in der Hauptstadt des Languedoc aufhielt und gewiss nicht ohne Grund ebendort und eben zu dieser Zeit sein *The Commonwealth of England and the Manner and Governement Thereof* (posthum 1583) verfasste[17]. Smith bleibt der rechtlich-politischen Tradition des englischen Kulturraums treu, als er unangefochten die Courts zum Ort der Rechtsetzung erklärt[18]. Über derartige «Fernwirkungen» hinaus hat die rechtlich-politische Debatte der Toulouser Humanisten und Juristen natürlich auch ihren Niederschlag gefunden in Schriften, für deren Autoren die Hauptstadt des Languedoc nicht lediglich eine «Durchlaufstation», sondern der Lebensmittelpunkt war: Als eines der am stärksten durch lokale Faktoren, namentlich durch das fortwährende Kräftemessen zwischen dem Parlement de Toulouse und der Toulouser Stadtobrigkeit[19], geprägten Zeugnisse darf hier wohl der 1555 posthum erschienene *Miroir politique* des juristisch gebildeten[20] Stadtchronisten

[16] JAKOB OMPHALIUS, *De officio et potestate principis in republica*, II, 21, S. 100: «comprobatum ... est, Principem statuere et rescribere posse, contra ius civile sive positivum».

[17] Vgl. zu Smith u.a. W. NIPPEL, *Mischverfassungstheorie und Verfassungsrealität in Antike und früher Neuzeit* (Geschichte und Gesellschaft. Bochumer Historische Studien, 21), Stuttgart 1980, S. 202 ff.

[18] THOMAS SMITH, *The Commonwealth of England and the Manner an Governement Thereof*, London 1640, Bd. 2/1, S. 69 ff.: «The Lawes of England consist in two points, Judgment and Practice. / In Judgment are considered the Persons, Place, Matter, and Manner. / The persons in judgement are the Judges in the Courts, Sergeants and Counsellours. / In practice are considered, the Persons and their Office ... The places for judgement are the Courts where sentence is given, and the Lawes made: as the Parliament, Chancery, Kings Bench, the Common Pleas, the Exchequer, the Court of Wards, the Starre Chamber, the Court of Requests, and the Durchie Court of Lancaster. / The matter of the Law is Justice, and Equity».

[19] Beispielhaft ist in diesem Sinne die Anhörung des Stadtsyndikus Benedicti am 20. Juni 1530 vor dem Grand Conseil du roi in Bordeaux: Benedicti trug vor, die Mitglieder des Parlement hätten sich und die Ihren einseitig von allen Abgaben befreit; ferner: das Parlement habe, unter Missbrauch seiner juristischen Autorität, die Stadtoberen unter Druck gesetzt, diese 'Privilegierung' anzuerkennen; schließlich: das Parlement habe sich sukzessive immer mehr politische Kompetenzen angeeignet, «en sorte que les capitouls ne sont que leurs valets»; Archives Municipales de Toulouse (künftig AMT), AA 6/118, nachgewiesen durch ERNEST ROSCHACH, *Ville de Toulouse. Inventaire des archives communales antérieures à 1790*, Toulouse 1891, Bd. 1: Serie AA, 1-60, hier Internet: http://www.archives.mairie-toulouse.fr/fonds/inventaire/articles/AA6/aa6_118.htm (20. August 2009).

[20] Vgl. AMT, BB 274, chronique 229, 1552-1553, S. 157: «... je, Guillaume de La Perriere, licencié ez droictz et citoyen de Tholose ...»; zu Guillaume de la Perrière und seinem politischen Denken siehe auch G. CAZALS, *Guillaume de La Perrière, 1499-1554. Un humaniste à l'étude du politique*, 2 Bde., Dissertation Toulouse 2003, Lille 2004 [Mikro-

Guillaume de la Perrière angesehen werden[21]. De la Perrière trennt einerseits die Ausübung der Rechtsprechungskompetenz von den primären Attributen des Herrschers, von dem her indes die Autorität der Gerichte immer noch abzuleiten ist[22], und nimmt andererseits doch die *iurisdictio* als immer noch so bedeutend wahr, dass er nicht umhin kann, in ihrer Ausübung eine «Imitation Gottes» zu erblicken[23]. Diese misst er, was die Zivil- und Kriminalgerichtsbarkeit über die Bürgerschaft von Toulouse anbelangt, wenig überraschend, seinen Geldgebern, den Toulouser Stadtoberen, zu[24]. Zuletzt sei auf den 1560 erstmalig publizierten *De iuris arte libellus* des Jean de Coras hingewiesen[25], in dem der Rechtslehrer für das Frankreich seiner Tage die «potestas condendae legis» ausschließlich beim Monarchen sieht[26],was freilich nicht bedeutet, dass er sich nicht

fiche]; DIES., *La Perrière et l'Humanisme civique*, in N. DAUVOIS (Hrsg.), *L'humanisme à Toulouse*, S. 69-90; G. CAZALS, *Une civile société. La république selon Guillaume de La Perrière*, Toulouse 2008.

[21] GUILLAUME DE LA PERRIÈRE, *Le miroir politique. Œuvre non moins utile que nécessaire à tous monarques, rois, princes, seigneurs, magistrats, et autre surintendans et gouverneurs de républiques*, Lyon 1555.

[22] GUILLAUME DE LA PERRIÈRE, *Miroir politique* ..., Paris 1567, fol. 7r f.: «... Macchiauegli, secretaire de la Republique de Florence, en son premier discours, dit: Que les premiers Rois de France, fondans si belle monarchie curent vn grand & bon aduis, c'est qu'ils ne se reseruerent en leur Republique, que la puissance des guerres, & de leurs deniers (que nous appellons finances) & qu'ils remirent l'administration de la iustice aux Parlemens ... Mais ... considerant que les Parlemens, voire tous sieges de iudicature de France, sont comme ruisseaux procedans de la fontaine de Royauté, & le Roy est chef vnique sur tout, & que de luy seul procede toute leur authorité ...».

[23] *Ibidem*, fol. 106r f.: «L'exercice des iugemens & l'authorité des magistrats est vne puissance de Dieu deleguee aux hommes, qui en ce monde tiennent le lieu d'iceluy, pour rendre & faire à chacun iustice. Pour autant les magistrats en iugeant doiuent imiter Dieu ...».

[24] *Ibidem*, fol 109r: «... le bon Empereur Theodosius surnommé Le grand, orna Tholouse de Capitole, Theatres, Amphiteatres, Thermes, Arcstriumphaux, & autres pompeaux & magnifiques edifices, comme estoit seant à sa magnanimité & magnificence. Et le tout à l'imitation des edifices Romains. Et orna semblablement les magistrats & gouuerneurs de la Republique d'icelle de notres de Capitols, de droicts Imperiaux, comme de creer notaires, & autres priuileges semblables. Nosdits magistrats Capitols, par vn priuilege singulier ont iurisdiction, ou (pour parler legalement & mieux dire) mere empire sur les citoyens, tant criminel que ciuil».

[25] JEAN DE CORAS, *De iuris arte liber*, in *Tractatus universi iuris* ..., Venezia 1584, Bd. 1, fol. 59-88.

[26] *Ibidem*, fol. 70: «Verùm hodie immutata est, vel potius absurpta Senatus auctoritas, & nescio quomodo factum, vt tota ferendae legis, adeoque cunctarum legum potestas, &

auch eine geteilt oder konsensual ausgeübte Gesetzgebungskompetenz vorstellen kann, beziehungsweise für eine historische Realität nimmt[27]. Es zeitigt daher auch keinen inneren Widerspruch, als er 1569 in einem anonymen Traktat die überkommene konsensuale Entscheidungsfindung des Herrschers mit Blick auf die bestehende Gesetzgebungspraxis der französischen Krone lobt[28].

All diesen Texten scheint gemein zu sein, dass sie in ihren Intentionen und Anlagen – vielleicht deutlicher als manche Vorläufer – auch gegenwartspolitischen Interessen folgen oder doch wenigstens in erhöhtem Maße anschlussfähig gegenüber diesen sind, dass sie mithin, wie Jean Tavard es in seiner Widmungsepistel gegenüber Jean de Mansencall für den eigenen Traktat beansprucht hatte, «für den öffentlichen Nutzen über das Recht» geschrieben wurden[29].

## III.

In einer Eloge, die Jean Tavards Traktat *De iurisdictione et imperio* beigefügt ist, vergleicht der Humanist und Jurist Nicolas Bergeron – jener Bergeron, der neben Antoine Loisel, dem Schüler des berühmten Jacques Cujas, zu den Testamentsverwaltern des Petrus Ramus zählen sollte[30] –

licentia, penes vnum sit principem, vt quod ille statuit, decreuitque, legis vigorem habeat, vel potius lex sit».

[27] *Ibidem*: «Siquidem superiora satis superque demonstrant, facultatem condendae legis, ac Iuris constituendi, primùm apud populum Romanum fuisse, per Consulis, aut Tribuni rogationem ... deinde ad Senatum translatam ... & posteaquam rerum Caesar potitus est, soli Imperatori legem condere permissum ... qua tamen lege non intellexit Iustinianus, hanc condendi Iuris auctoritatem, Senatui prorsus eripere: nam Domitius Vlpianus ... Non ambigitur, ait, Senatum Ius facere posse ... & Iustinianus ipse posteaquam edixit, soli Caesari leges condere permissum, mox testatur, ea constitutione, se nihil velle derogatum, veteris Iuris conditoribus, quibus hoc maiestas imperialis permisit ... Sed cùm nihil tam graue, tamque sit excelsum, quàm legem ferre: noluit idipsum se inconsulto Senatui liberum esse, sed alterum, alterius opera vti. Ideoque testatus est, Imperator, se in consilium ferendae legis, Senatores adhibiturum, nullamque legem promulgaturum, inconsulto Senatu».

[28] L. SCHILLING, *Normsetzung in der Krise*, S. 361 f., mit Quellenzitat S. 362, Anm. 241.

[29] JEAN TAVARD, *De iurisdictione et imperio*, S. 4: «... quid de hac quaestione sentirem ipse, diutius dißimulare non potui. Non quod caeteris me anteponere audeam, sed quòd cum publicae vtilitatis gratia de iure & loqui & scribere liberum esse putarem».

[30] Zu Petrus Ramus C. WADDINGTON, *Ramus (Pierre de la Ramée). Sa vie, ses écrits et ses opinions*, ND der Ausg. Paris 1855, Genf 1969; C. DESMAZE, *P. Ramus. Professeur*

den Autor in Hinblick auf dessen Darstellungskunst mit dem antiken Maler Apelles von Kos, der mit Protogenes von Kaunos um die filigranste Linienführung gestritten haben soll (vgl.: PLINIUS MAIOR, *Historia naturalis* 35, 81 ff.). Er lobt die klassische Diktion des Autors, sorgt sich um dessen literarisches Nachleben, mahnt ihn, das Urteil der geistlosen Masse gering zu achten[31]; anders gewendet: Bergeron gibt sich als Humanist durch und durch zu erkennen und lässt keinen Zweifel daran, dass er auch Jean Tavard zu der standes- und elitenbewussten Bildungskaste zählt. Wollte aber Tavard von sich behaupten, gegenüber den anderen Autoren, die sich mit der *iurisdictio* und dem *imperium* befasst hatten, Neues zu bieten, so bestätigt Bergeron ihm ebendies in einer gleichfalls dem Tavardschen Traktat beigefügten *Admonitio ad lectorem*, und er nimmt den Autor ferner gegen den Einwand in Schutz, gerade kontroverse Thesen könnten in dem schmalen Buch zu knapp und von daher unverständlich vorgetragen sein[32].

*au Collège de France, sa vie, ses écrits, sa mort (1515-1572)*, ND Ausg. Paris 1864, Genf 1970; W.J. ONG, *Ramus. Method and the Decay of Dialogue, from the Art of Discourse to the Art of Reason*, Cambridge MA 1958; J.V. *Skalnik, Ramus and Reform. University and Church at the End of the Renaissance* (Sixteenth Century Essays and Studies, 60), Kirksville MO 2002.

[31] N. BERGERON, *Elogium*, in JEAN TAVARD, *De iurisdictione et imperio*, S. 5: «Qualiter egregium spectamus ab vngue Leonem, / Sepositae specimen mercis vt auctor habet: / Sic tua qualia sint lecto documenta libello / Constat, & exhibito pignore dextra patet. / Vnica Protogeni clarum detexit Apellem / Artificis docta linea ducta manu. / Dum tua romanae ditionis pagina formam / Exprimit, indicium nominis ipsa dedit. / Tradita diuersis licet haec sit quaestio libris, / Non minus ipsa tuae sentiet artis opem. / Ergo agè fac volitent tua iam monumenta per auras: / Fac tua posteritas iam paràtitla legat. / Tristis Aristarchi nec te sinuosa moretur / Lima, nec appositis commoueare notis. / Et magis insulsae fastidia despice turbae, / Optima non aliquo vindice facta carent».

[32] N. BERGERON, *Admonitio ad lectorem*, *ibidem*, S. 6 f.: «TAMETSI (candide Lector) fortasse multa in hoc commentariolo statim primo aspectu plerisque subobscura, videbuntur, quòd auctor ipse multis in locis & ea sentiat quae non sanè probantur in vulgus, & rem prebreuiter ac summatim tractauerit, quae longiorem alioqui orationem desiderare possit: tamen non dubito si singuli singularum rationum momenta diligentißimè perpendant, quin scriptoris consilium probent, industriam mirentur, magnam denique homini gratiam habeant. Maluit enim ex Imperio & praescripto Iustiniani ochōlboi elimare (quod tribus aut quatuor ad summum definitionibus totidemque diuisionibus expositis totam iurisdictionis materiam artificiosè comprehendit, quàm immensum & inane variarum meditationum volumen conficere. Quòd autem de maiestate populi Romani (quae in magistratuum aliarumque dignitatum ordine & officio consistit) paulò aliter disserit, quàm veteres atque adeo multi recentiores iuris interpretes eam vel voce docuerint, vel calamo descripserint, nihilominus vera vtiliaque eius paradoxa censeri debent. Quandoquidem ita potestatum Romanarum memoriam prodit, & antiquitatis imaginem depingit, vt de Romanorum muneribus & honoribus Iuri Romano conuenienter congruenterque loqui

Freilich ist trotz eines derart wohlwollenden Geleits, wie es hier der eine Jurist dem anderen, der eine Humanist dem anderen gewährte, daran zu erinnern, dass es sich bei Jean Tavard zum Zeitpunkt des Erscheinens seines Traktates um einen Neuling in der Szene juristischer Schriftsteller handelte: Er war kein Jean de Boyssonné, kein Jean de Coras und – um dies vorweg zu nehmen – er sollte nie ein solcher werden: Jean Tavards gelehrter Ruhm strahlte zu keiner Zeit in jener Weite aus, die sich bei den «Leuchttürmen» seiner Disziplin beobachten ließ und lässt[33].

Vor der Veröffentlichung des bewussten Traktats *De iurisdictione et imperio* hatte Jean Tavard in Toulouse das Recht, vielleicht die Rechte, studiert. Die Hauptstadt des Languedoc war denn auch der Druckort der bewussten Schrift. Auf der geschäftlichen Seite wurde diese betreut durch den Drucker Guyon Boudeville und den Verleger Pierre du Puys, mithin durch ein Gespann, das in einer etwa vierjährigen Zusammenarbeit zwischen 1555 und 1559 lediglich sechs weitere Publikationen auf der praktischen Seite ermöglicht hatte[34]. Darunter befinden sich allerdings der Erstling des Jacques Cujas, der seinerzeit indes noch davor stand, sich unsterblichen Ruhm zu erwerben, eine Abhandlung von Jean de Coras, der in jenen Tagen gewiss die Spitze der Toulouser Jurisprudenz markierte und zumindest zu den prominentesten Vertretern der französischen zählte, ein frühes Werk des Mediziners Auger Ferrier, der sich zu einem exponierten Kritiker Jean Bodins, des Autors der *Six livres de la République* (1576), aufschwingen sollte[35], und, von eben jenem Jean Bodin, die *Oratio de instituenda in Republica juventute ad senatum populumque Tolosatem*, die dieser gesichert vor dem Turnierunfall von Heinrich II.

studuerit. Haec (amice Lector) eò te monui, vt maleuolis calumniandi, ignaris haesitandi causam penitus adimerem. Bene vale, ac mecum Tauardi nostri (maiora quotidie meditantis) beneuolentiam grata memoria prosequere».

[33] Die folgenden Ausführungen zur Biographie Jean Tavards stützen sich, sofern nicht anders vermerkt, auf L. DE LENS, *Université d'Angers. Du XVᵉ Siècle à la Révolution française*, Bd. 1: *Faculté des Droits*, Angers 1880, S. 212 f.

[34] Von JACQUES CUJAS der Kommentar *Tituli XXVIIII. Ex corpore Ulpiani* (1555), die Abhandlung *Des mariages clandestinement et irreverencement contractes* (1557) von JEAN DE CORAS - A. FERRIERS *Vera medendi methodus* (1557), *La Course d'Atalante et la victoire d'Hippomène* (1558) aus der Feder eines gewissen JEAN FIGON, der im Jahr 1556 die *Jeux floraux* gewonnen hatte, das *Reiglement et ordre affaires de la maison de la ville et cité de Tolose* (1558) und schließlich von JEAN BODIN die *Oratio de instituenda in Republica juventute ad senatum populumque Tolosatem* (1559).

[35] Nämlich mit dem *Avertissement à M. Jean Bodin sur le quatrième livre de sa république*, Toulouse 1580, das Bodin dazu provozieren sollte, die *République* um seine 44-seitige *Apologie de René Herpin* (1581/83) zu erweitern.

am 30. Juni 1559[36] im Angesicht der Richter des Parlement de Toulouse[37] gehalten hatte und die im Jahr 1559 als Druck vorgelegt wurde. Bodin, der spätere stellvertretende Procureur du Roi auf den *Grands Jours de Poitiers* (1567), der Vertreter des Dritten Standes auf den Ständen von Blois (1576)[38] und, wie bemerkt, der Autor der *Six Livres de la République*, war wohl im späten Frühjahr 1550 nach Toulouse gekommen[39]. Er hatte

[36] Beachte: JEAN BODIN, *Oratio de instituenda in Republica juventute ad senatum populumque Tolosatem*, in DERS., *Œuvres philosophiques* (Corpus général des philosophes français; Auteurs modernes V, 3), bearb., übers. und hrsg. von PIERRE MESNARD, Paris 1951, S. 13: «nam quae singularis immanitas illa est, vel potiùs quis furor quorundam, ut gymnasium à vobis fundatum dirui vellent, vosque apud Regem humanissimum, aerarii publici nomine, in invidiam traherent? Soli artes odissent, soli scientias abhorrerent, soli barbari essent: cur literarum praestantiam caeteris invident? Stulti, qui principem generosum literarum odio adduci posse, & sui dissimilem futurum putarunt! Ipse qui literas, summa liberalitate dicam an magnificentia, tuetur, aerarium quod in tales usus consumitur, averteret? Qui ex fructibus gymnasii Verdalei, Aesquilii, Gyronei, Monzolei, quae inculta ac deserta priùs erant, urbanum hoc construi rescripto singulari mandavit, prohiberet?»; hier ist unzweifelhaft von einem lebend geglaubten Heinrich II. die Rede.

[37] Dazu, dass sich hinter den im Titel genannten «senatores» die Richter des Parlement und nicht die Toulouser Stadtoberen verbargen, siehe: A. LONDON FELL, *Origins of Legislative Sovereignty*, Bd. 3: *Bodin's Humanistic Legal System and Rejection of «Medieval Political Theology»*, S. 37 ff.; hierin zustimmend, wenn auch ansonsten kritisch M.C. JACOBSEN, *Jean Bodin et le dilemme de la philosophie politique moderne* (Études romanes, 48), Kopenhagen 2000, S. 131 f.

[38] Zu Bodins Biographie M.-D. COUZINET, *Note biographique sur Jean Bodin*, in *Jean Bodin. Nature, Histoire, Droit et Politique*, hrsg. von Y.C. ZARKA (Fondements de la politique), Paris 1996, S. 233-244.

[39] Bodins Ankunft in Toulouse wird höchst unterschiedlich datiert: Pierre Mesnard ging von einem Studienbeginn um 1550 aus; DERS., *Vers un portrait de Jean Bodin*, in *Bodin, Œuvres philosophiques*, S. VII-XXI, hier S. XIV, und zwar in Abkehr von der älteren, gegenüber R. Chauviré (DERS., *Jean Bodin. Auteur de la «République»*, Paris 1914, S. 101 ff.) anschlussfähigen Annahme eines Studienbeginns in Angers, Bodins Heimatstadt (so noch PIERRE MESNARD, *Jean Bodin à Toulouse*, in «Bibliothèque d'Humanisme et Renaissance. Travaux et Documents», 12, 1950, S. 31-59, hier S. 32), die freilich an der grundsätzlichen zeitlichen Einordnung wenig geändert hätte. Henri Gilles hingegen spricht sich für ein Eintreffen Bodins in Toulouse frühestens im Jahr 1554 aus; DERS., *La Faculté de Droit de Toulouse au Temps de Jean Bodin*, in DERS., *Université de Toulouse et Enseignement du Droit. XIIIème-XVIème siècles*, Toulouse - Paris 1992, S. 213-228 (zuvor erschienen in *Actes du Colloque interdisciplinaire d'Angers*, 24-27 mai 1984, Angers 1985, 2 Bde., Bd. 1, S. 313-326, sowie in den «Annales d'Histoire des Facultés de Droit et de Science juridique», 3, 1986, S. 23-36). Gilles verweist dabei vor allem auf Bodins Parisaufenthalt im Jahr 1553 (zur Vorbereitung der Oppian-Ausgabe) sowie auf die generell kurze Studiendauer an den französischen Rechtsfakultäten des 16. Jahrhunderts. Beide Einwendungen erscheinen nicht zwingend. Als plausibel aber darf wohl gelten, dass Bodin sich bis in das Frühjahr 1550 in Paris aufgehalten hat, nachdem er mutmaßlich um das Jahr 1547

folgerichtig ungefähr zur selben Zeit im Languedoc studiert wie Jean Tavard. So gesehen, hatte Jean Tavard sich mit seiner Hervorbringung *De iurisdictione et imperio* in einen exklusiven Kreis eingeschrieben, und der Verdacht liegt nicht allzu fern, dass er mit dem Humanistenzirkel von Toulouse in Verbindung stand.

Dass Jean Tavard dem ersten Präsidenten des Parlement de Toulouse seinen Traktat widmete, kann ohne große Phantasie als Versuch gewertet werden, sich für eine Funktion an dem höchsten Gericht zu empfehlen. Ob der Jurist damit scheiterte oder seine Zukunftspläne von sich aus änderte, bleibt dagegen im Dunkeln. Zumindest wechselte er noch im Erscheinungsjahr der betreffenden Schrift als *doctor regens* an die Faculté de Droit d'Angers. Vielleicht war für ihn der Aufenthalt in Toulouse tatsächlich zu gefährlich geworden: Dort verschärfte sich schließlich am Ende der 50er Jahre des 16. Jahrhunderts unverkennbar der Ton, in dem die konfessionellen Lager um die *vera religio* stritten[40]. Man darf durchaus annehmen, dass Jean Tavard selbst dem Protestantismus nahe

den Karmeliterorden verlassen (vgl.: Die Vernehmung von vier Karmelitern aus dem Jahr 1577, ediert in A. PONTHIEUX, *Quelques documents inédits sur Jean Bodin*, in «Revue du XVIe siècle», 15, 1928, S. 56-99) und Paris um 1549 zwischenzeitlich den Rücken gekehrt hatte (vgl.: Bodins eigene Einlassung in DERS., *De la Démonomanie des Sorciers. Réfutation des Opinions de Jean Wier*, ND Ausg. Paris 1587, Paris 1979, S. 102: «J'ai appris un autre jugement étant à Nantes l'an 1549»): 1549/50 scheint der *lecteur royal* Adrien Turnèbe einen Kurs über die *Cynegetica* Oppians abgehalten zu haben (vgl. J. LETROUIT, *La prise de notes de cours sur support imprimé dans les collèges parisiens au XVIe siècle*, in «Revue de la Bibliothèque nationale de France», 2, Juni 1999, S. 47-56, hier S. 50 f. und Anm. 25), dessen Lehrinhalt plagiert zu haben, er bekanntermaßen später Bodin vorwerfen sollte; Adrien TURNÈBE, *Oppiani de venatione libri IIII, Paris 1555*, zitiert nach P. BAYLE, Art. *Bodin*, in *Dictionnaire historique et critique*, nouvelle edition, Paris 1820, S. 510: «Septem [sic] ab hinc annis leviter emendaveram Oppianum de Venatione, partim animi conjectura, partim Libri veteris ope. Eas Emendationes quidam usurpavit, et sibi donavit: quas tamen non putabam tanti, ut in furtivis rebus esse deberent. Eas a nobis vindicatas et recuperatas esse, nemo conqueri debebit, nam rerum furtivarum, lege aeterna est auctoritas».

[40] Siehe zum Widerstreit zwischen einem zunehmend revolutionär gestimmten Protestantismus und einem militant-orthodoxen Katholizismus in der Hauptstadt des Languedoc – trotz einer unstreitig tendenziösen Sicht des Kanzlers der anglikanischen Diözese von Manchester – immer noch die einschlägigen Passagen in R.C. CHRISTIE, *Étienne Dolet. The Martyr of the Renaissance 1508-1546, a Biography*, Nieuwkoop 1964 (Erstauflage 1880); an neuerem Schrifttum zum frühneuzeitlichen Toulouse ist u.a. heranzuziehen: R.A. SCHNEIDER, *Public Life in Toulouse 1463-1789. From Municipal Republic to Cosmopolitan City*, Ithaca NY - London 1989; speziell wiederum zum konfessionellen Widerstreit G. Baccrabère, *Les troubles religieux et leurs séquelles (1534-fin XVIe siècle)*, in P. WOLFF (Hrsg.), *Le Diocèse de Toulouse* (Histoire des Diocèses de France), Paris 1983, S. 97-119; zur gerichtlichen Verfolgung der «Heretiker»: R.A. MENTZER, *Heresy Proceedings in Languedoc 1500-1560* (Transactions of the American Philosophical Society, 74,5), Philadelphia PA 1984.

stand. Zwei Beobachtungen sprechen dafür: Zum einen verließ er seinen Lehrstuhl gerade in den Jahren, in denen Angers von den konfessionellen Unruhen heimgesucht wurde, nämlich zwischen 1560-1563, um an einem unbekannten Ort Zuflucht vor Verfolgung zu finden. Diese Absenz hatte übrigens ein juristisches Nachspiel: Als sich die Universität unter Verweis auf Lehrverpflichtungen, denen Tavard in diesen Jahren nicht nachgekommen war, weigerte, an ihn 300 *livres tournois* auszuzahlen, strengte dieser vor dem Parlement d'Angers einen Prozess an und obsiegte. Zum anderen war es ein protestantisches Milieu, das im Jahr 1600 in Frankfurt am Main dessen zweite und letzte Publikation ermöglichen sollte: den *Commentarius de interdictis et actionibus*. Der Frankfurter Drucker und Verleger Peter Kopf gab ihn heraus, nachdem ihn der Marburger Jurist Hermann Vulteius redigiert sowie mit *summaria* versehen und der im hessischen Wetter geborene Johannes Saur gedruckt hatte. Sehr überzeugt scheint – dies sei nur nebenbei bemerkt – Vulteius nicht von der Schrift gewesen zu sein, die er durch seine Redaktion zur Druckreife brachte: In einem Brief an Peter Kopf, der auf den 20. Januar 1600 datiert und dem *Commentarius* beigegeben wurde, ist noch sein stärkstes Argument für die Veröffentlichung des Textes, dass dieser zwar manchem als überflüssig erscheinen möge, sich solches aber auch über andere Schriften sagen lasse. Mit Vergils «trahit sua quemque voluptas» bleibt der potentielle Käufer schließlich bei seiner Entscheidung allein[41]. Der *Commentarius* erschien erst nach Tavards Tod: Bereits mit dem Ende des Jahres 1571 wurde dieser nicht mehr unter den Professoren der Universität von Angers geführt, und seine Spur verliert sich.

Nachgetragen sei, dass insbesondere zwischen Jean Bodin und Jean Tavard eine – heute indes nur schwer greifbare – Verbindung bestanden zu haben scheint, die darüber hinausreichte, dass beide in Toulouse mit demselben Verleger und demselben Drucker zusammenarbeiteten: So behauptete Jean Bodin in der vorgenannten *Oratio*, er habe in dem ihr vorangegangenen Jahr «Jurisconsulti» von der «Faculté de Droit de Toulouse» an die Universität von Angers vermittelt[42]. Für Jean Tavard

[41] Brief des Vulteius an Kopf vom 20. Januar 1600, in JEAN TAVARD, *Commentarius de interdictis et actionibus*, Frankfurt a.M. 1600, o. S.: «Erunt, qui putabunt scholas iuridicas eo carere potuisse, quibus non refragabor admodum, concedent mihi tamen & hoc prodiisse iam multa, quibus carrere potuissent rectius, & vere multa hic inuenient Critici, quae ante hac non animaduerterint. Trahit sua quemque voluptas. Non igitur dissuaserim ut sicuti multi alii boni auctores praela tua hactenus tenuerunt occupata, ita & Tauardus iuris praelis tuis sit laboriosus».

[42] JEAN BODIN, *Oratio*, in DERS., *Œuvres philosophiques*, S. 16: «nam Biturigum, Aurelia, Valentia, Pictavum, Andegavum (de patria etiam confitendum opinor, cujus quidem

aber lässt sich, wie gesehen, ein solcher Wechsel von der Hauptstadt des Languedoc zur Rechtsfakultät in der Geburtsstadt Jean Bodins zeitnah dokumentieren. Ebenfalls verdient Beachtung, dass es Pierre Ayrault war, der im Prozess um die nicht gezahlten 300 *livres tournois* als *lieutenant criminel* das entscheidende Plädoyer zugunsten Jean Tavards hielt[43]; der Pierre Ayrault, der wie Bodin und Tavard in den 50er Jahren des 16. Jahrhunderts, wenn auch nur für sehr kurze Zeit, als Student in Toulouse geweilt hatte, der wie Bodin in den frühen 60er Jahren am *Parlement de Paris* als Advokat tätig gewesen war[44] und dem gegenüber sich Bodin in einem Brief vom 27. März 1595 als «alter Freund, Gefährte und ergebener Diener» bezeichnen sollte[45].

## IV.

Jean Tavards 63 Seiten umfassender Traktat *De iurisdictione et imperio* setzt sich zusammen aus der eigentlichen Abhandlung über die *iurisdictio* und das *imperium*, genauer: über die *iurisdictio* und das *imperium* in der *respublica romana*, was sowohl die römische Republik als auch – und sogar vordringlich – das römische Prinzipat in sich einschließt, der bereits eingangs an-zitierten Widmungsepistel an Jean de Mansencall, der erwähnten Eloge des Nicolas Bergeron, dessen ebenfalls genannter *admonitio ad lectorem* sowie einem kurzen Exastichon aus der Feder eines Charles Garnier, der dem Leser bemerkenswerterweise für die Zukunft eine Kurzerörterung des gesamten Rechts von gleicher Machart wie der des vorliegenden Traktats in Aussicht stellt[46]. Zweifellos kommt

iussu anno superiore jureconsultos, quorum facultas est in hac urbe maxima, praemiis amplissimis ad se ornandam evocavi) Gratianopolis, Cadurcum, Ilerda, Salamancha, ubi legitima haec studia vigent, primas in eo genere vobis tribuunt ...».

[43] PIERRE AYRAULT, *Que les gages ne sont deuz que pour le temps de seruice, & ce qu'emporte une restitution & abolition generale*, in DERS., *Les Plaidoyers faits en la covr de parlement* ..., Rouen 1614, S. 245-255.

[44] Vgl. ROLAND DELACHENAL, *Histoire des Avocats au Parlement de Paris 1300-1600*, Paris 1865, S. 399-406, hier S. 403; Wie Bodin hatte sich auch Ayrault im Angesicht einer internen «Säuberung» des hohen Gerichts von Protestanten unterschriftlich zum Katholizismus bekannt.

[45] Zitiert nach R. CHAUVIRÉ, *Jean Bodin*, S. 534: «Vostre ancien ami, compaignon, et humble serviteur».

[46] CHARLES GARNIER, *Ad iuris studiosos ... Exastichon*, in JEAN TAVARD, *De iurisdictione et imperio*, S. 8: «Quem tibi Tauardus, iuris studiose libellum, / Offert, hac ductus nunc

hierin jenes humanistische Vertrauen in die Möglichkeit des «ius in artem redigendum», der Systematisierung, der Überführung des Rechts in eine durchdachte, bewusst konstruierte, also «artifizielle» Ordnung zum Ausdruck[47], das auch Jean Bodins *Juris universi distributio* (1578) mit gezeitigt haben dürfte[48].

Die Erörterung selbst gliedert sich in neunzehn Kapitel[49]. Jean Tavard schöpft aus diversen Passagen des *Corpus iuris civilis*, zieht aber auch und ausdrücklich das antike Schrifttum bei: Ciceros Reden und philosophische Schriften, Aristoteles Politik, des Livius *Ab urbe condita*, die *Commentarii in orationes Verrinas* des Pseudo-Pedianus, die Schriften des Gellius, des Cassius Dio, des Dionysios von Hallikarnaß, des P. Annius Florus, der vermeintlichen Verfasser der Historia Augusta (Aelius Spartianus, Aelius

ratione facit: / Vt coniecturam facias iam scilicet, ex his / Vtilitas quaenam quos meditatur erit. / Nam tibi, si placeat, simili ratione daturus / Est in ius totum mox paratitla tibi».

[47] Eine verlorene Schrift Ciceros war als *De iure civili in artem redigendo* betitelt (siehe GELLIUS, *Noctes Atticae* I, 22, 7: «M. autem Cicero in libro, qui inscriptus est de iure civili in artem redigendo, verba haec posuit ...»); zum humanistischen Streben nach einer Systematisierung und damit «Artifizierung» des Rechts siehe u.a. H.E. TROJE, *Die europäische Rechtsliteratur unter dem Einfluß des Humanismus*, in «Ius Commune», 3, 1970, S. 33-63, insbesondere S. 37 und S. 46 ff.; Nachdruck in DERS., *Humanistische Jurisprudenz. Studien zur europäischen Rechtswissenschaft unter dem Einfluss des Humanismus* (Internationale Bibliothek der Wissenschaften), Goldbach 1993, S. 45*-75*, hier S. 49* und S. 58* ff.

[48] Zwar liegt das Veröffentlichungsjahr der *Editio princeps* von Bodins *Juris universi distributio*, Paris 1578, noch nach dem der Erstveröffentlichung der *République* und damit zu einem Zeitpunkt, als das Primat des Politischen in Bodins Denken längst die Oberhand über seine humanistischen Interessen gewonnen hat, doch hat Bodin die *Distributio* deutlich früher, sogar noch vor der *Methodus ad facilem historiarum cognitionem*, Paris 1566, projektiert; vgl. PIERRE MESNARD, *Einleitung zur Juris universi distributio*, in JEAN BODIN, *Œuvres philosophiques*, S. 69 f.; J.L. BROWN, *The Methodus ad Facilem Historiarum Cognitionem of Jean Bodin. A Critical Study*, Washington D.C. 1939, S. 25 ff.

[49] 1. S. 9-15: «Tres esse perfectae cuiusuis Reipub[licae] partes»; 2. S. 15 f.: «De secunda Reipub[licae] moderandae ratione»; 3. S. 16-18: «De tertio politiae membro»; 4. S. 18 f.: «Potestatis iudicialis in iurisdictionem, imperium mistum, imperium merum, & plenißimam iurisdictionem diuisio»; 5. S. 19-21: «Quid sit iurisdictio»; 6. S. 22-24: «Iudicium dare, iudicem dare, cognoscere, pronuntiare quomodo diversa sint»; 7. S. 24-31: «Iudicium divisio»; 8. S. 31 f.: «Quid sit imperium mixtum»; 9. S. 32-35: «Quotvplex sit imperium mixtum»; 10. S. 35-41: «An mixtum imperium mandetur, & magistratibus municipalibus permittatur»; 11. S. 41-44: «Cur iurisdictio imperium non vocetur»; 12. S. 44-46: «Quid imperium merum sit»; 13. S. 46 f.: «Quid sit plenissima iurisdictio»; 14. S. 47: «Summum imperium tribus modis accipi»; 15. S. 47 f.: «Iurisdictionem tripliciter usurpari»; 16. S. 48-52: «Potestas extraiudicialis non summa, duplex»; 17. S. 52-54: «Qui sunt magistratus»; 18. S. 54-59 [57]: «Magistratuum divisio»; 19. S. 59-64 [57-62]: «Stipulationem diuisio».

Lampridius und Julius Capitolinus) sowie des Grammatikers Nonius Marcellus. Diese Vorgehensweise ist nicht als Einbringung «humanistischen Zierrats» miss zu verstehen: Es entspricht vielmehr dem vor allem nördlich der Alpen stärker ausgeprägten humanistischen Interesse an Theorie und Praxis von Bildung und Lehre, dass hier auf Texte rekurriert wird, deren Lektüre auch in den humanistischen Colléges rundheraus üblich war und die daher nicht nur die Überzeugungskraft, sondern auch die Einprägsamkeit der mit ihnen unterlegten Ausführungen erhöhen. Hierzu fügt sich auch, dass sich die Schrift insgesamt als immer spezieller werdende Abfolge von sorgfältig ausgeführten Begriffsbestimmungen und Dichotomien präsentiert. Dies gibt einen ramistischen Hintergrund des Autors zu erkennen, der ebenso durch vier dichotomische Klammerverzeichnisse, nämlich zu den *iudices*, der *potestas*, den *magistratus* und den *stipulationes*[50], aufgedeckt wird. Dieser Verortung widerspricht im übrigen nicht, dass Tavard seinen ramistischen Zweiteilungen die aristotelische Dreiteilung der Staatsgewalt in drei Elemente – oder kurz: in drei öffentliche Gewalten, nämlich die beratende, die regierende und die richtende Gewalt (ARISTOTELES, *Politik* IV, 14 ff.)[51] – vorschaltet; ebenso wenig widerspricht es ihr, wenn er an nachgeordneter Stelle partiell auf weitere Dreiteilungen zurückgreifen muss, weil sein Gegenstand sich einer binären Weltsicht versagt. Auch Petrus Ramus selbst war hier weit weniger orthodox, als es viele seiner Apologeten sein sollten.

In jedem Fall läuft bei Tavard alles auf eine immer feinere Zergliederung seines Stoffes hinaus und damit auch auf eine Abgrenzung der *iurisdictio* gegenüber dem *imperium*: Tavard erfasst nämlich, um dies vorweg zu nehmen, die Kompetenz der bürgerlichen Rechtspflege im engeren Sinn, die «iurisdictio propria & stricta», nicht als Derivat des magistratischen *imperium*. Vielmehr sieht er beide Gewalten, die Befehlsgewalt wie die Rechtsprechungskompetenz, als Teile einer «potestas iuridicialis» oder auch «iurisdictio generalis» an, eben als Teile der «potestas reddendi iuris ac iudiciorum faciendorum». Diese umfasst die Behandlung von Kapitalsachen ebenso wie die Verhandlung von Vermögens- und anderen Streitfragen. *Iurisdictio* und *imperium* stehen also nebeneinander, und

[50] JEAN TAVARD, *De iurisdictione et imperio*, S. 30, 51, 56, 61 [63].

[51] *Ibidem*, S. 9 f.: «Esi dē tría mória tōm politeiōm i pasōm: en mén ti, tò boulenómenom perí tōm koiōm: deyteron de, tò perí tàs archas, toyto d'esin as lei kai tínom eínai ēyrías, kai poíam tina dei gignesai tiō airesim antōm: tritom de ti tò dikázom. Hoc est: Omnis regendae Reipublicae ratio tribus in rebus versatur: primùm in consilio capiendo de his quae publicè prosunt: deindè in magistratibus, nempe quale sit eorum officium, & quibus mandari debeat, & quemadmodum: postremo in iudiciis ac iure».

nicht das *imperium*, sondern allenfalls am Ende die *potestas* ist damit der maßgebliche Begriff, sofern es darum geht, obrigkeitliches Sein und Handeln in einer hierarchischen Struktur zu erfassen und zu beschreiben.

Darüber hinaus macht Tavard von vornherein – und dies ist vielleicht eine der bemerkenswertesten Aussagen des gesamten Traktats – klar, dass die vorgenannte «potestas reddendi iuris ac iudiciorum faciendorum» nicht beim Prinzeps liege, sondern vollständig auf die Magistrate übergegangen sei[52]. Zu verstehen ist diese Behauptung heraus aus der durch Tavard vorgenommenen Unterscheidung der *iurisdictio* im engeren Sinn vom *imperium*: Unter der bürgerlichen Rechtspflege versteht Jean Tavard die öffentliche Gewalt, gemäß der Vorschriften des gesetzten Rechts – «iuxta legum praescripta» – bürgerliche Streitfälle in gerichtlichen Bahnen zu regeln und zu beenden[53]. Es ist evident, dass vor dem Hintergrund einer solchen Begriffsbestimmung kein Abgrenzungsproblem gegenüber dem *imperium* vorliegt, sofern dieses als «reine» Kommando- oder Befehlsgewalt, als *imperium merum*, verstanden wird, die ermächtigt, Maßnahmen gegen Rechtsbrecher zu ergreifen[54], und die letztlich in der Schwertgewalt kulminiert[55].

Anders verhält es sich dagegen dort, wo das *imperium* enge Fühlung hat mit der bürgerlichen Rechtspflege, etwa bei der Einweisung in den Besitz, in die *bonorum possessio*, welche der Gerichtsmagistrat anordnet, mit der er also seinerseits «befehlend» agiert. Dem hier ausgeübten *imperium* wohnt schließlich, folgt man den *Digesten*, sehr wohl die *iurisdictio* inne, beziehungsweise: Sie ist mit ihm verbunden, mit ihm «vermischt»; so sehr, dass bereits die antike Rechtsquelle vom *imperium mixtum*

52 *Ibidem*, S. 17: «HAEC autem reddendi iuris ac iudiciorum faciendorum potestas, à principe in magistratus tota translata est: siue de capite ciuis agatur, siue de fortunis aut aliis controuersiis disceptetur».

53 *Ibidem*, S. 19: «IVRISDICTIO, est potestas publica lites ciuiles & ordinandi, & dirimendi iuxta legum praescripta, siue cognoscendo, siue iudicem dando: & exequendi ...».

54 *Ibidem*, S. 44: «SED iam quid imperium merum sit, diligenter disquiramus. Imperium merum, est publica in facinorosos animaduertendi potestas, nullam suapte natura cum iurisdictione communionem habens».

55 Vgl. *ibidem*, S. 45: «Hac autem potestate publica [imperii meri] in facinorosos animaduertitur: quae quidem animaduersio duplex est, capitalis, & non capitalis: vnde imperii meri diuisio in summum, & non summum emergit. Summum enim nihil aliud est, quam quod capitalem poenam ascribit & irrogat. Non summum, quod non capitalem infert. Poena capitalis est, per quam caput è ciuitate eximitur: hoc est ciuis è ciuium numero exturbatur».

spricht[56]. Tavard steht hier tatsächlich vor einer Schwierigkeit, die Scheidelinie zu benennen. Abhilfe findet er, indem er auf die Gesetzesbindung der *iurisdictio* rekurriert und diese als die maßgebliche Differenz zum *imperium mixtum* begreift:

«IVXTA LEGVM PRAESCRIPTA.) Nam si quis ciuilem actionem non haberet, sed aliquem extraordinem interpellaret, cùm iudex eo casu certis legum laqueis adstrictus non sit, sed totum, saltem id quod est praecipuum, ex eius notione pendeat: non iurisdictio propriè & strictè sumpta, sed Imperium mistum vocaretur ea potestas, quae magistratui permitteretur, vt infra docebimus, cum Iurisdictio ratione tantum, non autem re ipsa ab imperio misto distingui povit»[57].

Eingangs des elften Kapitels, «Cur iurisdictio imperium non vocetur», formuliert Tavard den gleichen Gedanken noch sehr viel drastischer und trennschärfer, indem er das «ungebundene» *imperium mixtum* heranrückt einerseits an eine mit der bürgerlichen Freiheit kaum mehr zu vereinbarende Willkür und andererseits an die «summa potestas libera ac soluta» selbst, der das *imperium mixtum* annähernd ähnele; dass ein jeder die Ausübung des *imperium mixtum* durch den Magistrat nur notgedrungen über sich ergehen lasse, während man sich voller Vertrauen in die Hände der *iurisdictio* begebe, erscheint aus dieser Perspektive heraus als nur allzu verständlich[58].

Was an dieser Stelle noch fehlt, ist den hier präsentierten Ausführungen die konkrete Begriffsbestimmung des *imperium mixtum* durch Tavard gegenüberzustellen:

«MISTVM imperium, est libera potestas publicè alicui data, lites ciuiles vel ordinandi, vel dirimendi, vel de ciuili negotio disceptantes coercendi, vel sententiam exequendi, iurisdictionis exercendae, seu tuendae gratia: etiam in inuitum vires suas exerens.

[56] D. 2.1.3: «Imperium aut merum aut mixtum est. Merum est imperium habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam potestas appellatur. Mixtum est imperium, cui etiam iurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia»; siehe hierzu: W. KUNKEL - R. WITTMANN, Abschn. 2: *Die Magistratur*, in W. KUNKEL, *Staatsordnung und Staatspraxis der Römischen Republik* (Handbuch der Altertumswissenschaft, 3/2), München 1995, S. 27 f.

[57] JEAN TAVARD, *De iurisdictione et imperio*, S. 20 f.

[58] *Ibidem*, S. 41 f.: «QVOTIES magistratus, aut eius qui litibus finiendis praeest potestas, legibus quadam ex parte soluta est, ita vt licentiam suam pro lege habeat: profecto ea nimia ac liberae ciuitati intolerabilis videtur, vt dicebat apud Liuium Tribunusplebis in consulare imperium inuectus. Quare verisimile est, mistum imperium huic summae potestati liberae ac solutae propemodum simile, ab vnoquoque priuato, necessario magis quam libenter perferri. At in iurisdictione alia res est: haec enim cum tota ex legum praescriptione exerceatur atque celebretur, probabile est vtranque partem sponte sua ad iudicem, tanquam ad virum bonum & ciuilem, confugere».

LIBERA POTESTAS.) Nam quando ex legum auctoritate lites deciduntur, ac dirimuntur ita, vt nihil ex iudicis auctoritate pendeat (saltem quod ad praecipuam controuersiam attineat, quod fit quando iure actionis quis conuenitur) tunc ius dici seu reddi dicitur: vnde verbum iurisdictionis emanat, quae potestas est non libera, vt imperium mixtum, sed certis legum cancellis circundata. Mixtum igitur imperium, è magistratus cognitione dependet, non certa lege ...»[59].

Die vorgeführte Unterscheidung der *iurisdictio* vom *imperium*, genauer: der *iurisdictio propria & stricta* vom *imperium mixtum*, in eine *non libera* und eine *libera potestas*, für die Tavard sich des Kriteriums der Bindung und Einhegung der *iurisdictio* durch das gesetzte Recht bedient, kann für die Wahrnehmung der rechtlich-politischen Verfasstheit des Gemeinwesens durch Tavard nicht folgenlos bleiben: Bereits angesprochen wurde, dass Tavard die *iurisdictio* im engeren Sinn nicht beim Prinzeps, sondern bei den Magistraten verortet. Übertragen auf die französischen Verhältnisse des 16. Jahrhunderts meint dies nichts anderes, als dass die *iurisdictio* nicht bei der Krone, sondern bei den gerichtlichen Amtsträgern (und natürlich in erster Linie bei den Parlementaires) zu suchen wäre. Der Grund hierfür ist so einfach, wie das Ergebnis erstaunlich ist: Die *iurisdictio propria & stricta*, die Rechtsprechungskompetenz, die – um Tavards Diktion anklingen zu lassen – durch die «sicheren Stricke» des gesetzten Rechts gebunden ist oder sich nur innerhalb von dessen «sicheren Schranken» bewegt, eignet sich nicht mehr zum Synonym für «Herrschaft» beziehungsweise zu deren primärattributiver Bestimmung; zumindest dann nicht, wenn man, wie augenscheinlich Tavard, für «Herrschaft» voraussetzt, dass sie gerade ungebunden auszuüben ist[60]. Die *iurisdictio* ist, wie Tavard es in seinem Klammerverzeichnis zur *potestas* ausdrückt, *potestas e summa pendens*[61], kann also bestenfalls sekundär zur Lokalisation des Sitzes der Herrschaft in der rechtlich verfassten Ordnung beitragen: Sie kennzeichnet den Herrscher nur noch insoweit, als er es ist, der durch den Erlass von *leges* die Bahnen vorzeichnet, innerhalb derer sich die *iurisdictio* bewegt, und natürlich markiert sie ihn insofern, als er es ist, der die Gerichtsmagistrate einsetzt und wiederum entlässt. Tavard sieht auch diesen Punkt ganz klar und betont, dass das Recht zur Magistratsbestallung niemals den Magistraten selbst übertragen worden sei, sondern

[59] *Ibidem*, S. 31 f.

[60] Vgl. *ibidem*, S. 10: « Quisquis autem hac triplici potestate praeditus est, & à nemine alio dependet, is summum Imperium, summamque potestatem habere dicitur».

[61] *Ibidem*, S. 51.

dass dieses in der römischen Republik das Volk, im Prinzipat aber der Prinzeps exklusiv ausgeübt habe[62].

Im selben Moment aber, in dem die *iurisdictio* ihre Fähigkeit, Primärattribut des Herrschers zu sein, verliert, in dem sie bevorzugt durch ihre Bindung an die *leges*, an das gesetzte Recht, definiert wird, hört die Rechtsetzung auf, deren Annex oder Suffix zu sein. Im Gegenteil ist es die *potestas condendae legis* oder auch *potestas consilii capiendi* – was ausdrücklich nicht das Beratungsrecht irgendeines Gremiums, sondern eben, in der Sprache der Zeit[63], die Gesetzgebung und Beschlussfassung für das Gemeinwesen meint –, die den Sitz der Herrschaft erstrangig bezeichnet. Bei Tavard steht sie noch im Verbund mit dem Recht zur Ein- und Absetzung der Magistrate. Das Bild des Herrschers als oberster Richter verblasst, das Bild des Herrschers als Rechtsetzer und unwiderstehlicher Befehlsgeber zieht herauf.

## V.

Dieses Bild ist heute fest verbunden mit dem Namen Jean Bodins, und zwar durchaus mit einem gewissen Recht, ist doch Bodins Theorem von der souveränen *puissance de donner loy à tous en general, & à chacun en particulier* als dem ausschließlichen Primärattribut der Hoheitsgewalt[64], aus dem sich alle weiteren ableiten ließen[65], kaum wegzudenken aus

[62] *Ibidem*, S. 15 f.: «NUNC ad secundam gubernandae Reipub. partem delabamur: quae in magistratuum, ac etiam Sacerdotum creatione posita est. Et hanc constat magistratibus aliis permissam non esse. Honores enim, & magistratus Romae nemo nisi per populum assequebatur: quapropter mera populi beneficia vocabantur. Omnes nan[!]que maiores magistratus & Patritii, praeter Dictatorem, Romae centuriatis comitiis, minores vero tributis creabantur, donec ad principem summa rerum potestas translata est: qui deinde hanc sibi potestatem reseruauit».

[63] Zur Terminologie siehe H. MOHNHAUPT, *Potestas legislatoria und Gesetzesbegriff im Ancien Régime*, in DERS., *Historische Vergleichung im Bereich von Staat und Recht. Gesammelte Aufsätze* (Ius commune, Sonderheft 134), Frankfurt a.M. 2000, S. 221-273, hier S. 221.

[64] JEAN BODIN, *Les six Livres de la République. Avec L'Apologie de R. Herpin*, Faksimiledruck der Ausg. Paris 1583, Aalen 1961, I, 10, S. 221: «... la premiere marque de souueraineté, est donner loy à tous en general, & à chacun en particulier».

[65] *Ibidem*, S. 223 f.: «Sous ceste mesme puissance de donner & casser la loy sont compris tous les autres droits & marques de souueraineté: de sorte qu'à parler proprement on peut dire qu'il n'y a que ceste seule marque de souueraineté, attendu que tous les autres droits sont compris en cestuy là: comme decerner la guerre, ou faire la paix:

Studien zum Werden der modernen Staatlichkeit[66]. Es mag an dieser Stelle zurückstehen zu betonen, dass lange Traditionslinien zum juristisch-politischen Denken Bodins führen, dass der Jurist und Staatsdenker sich nicht voraussetzungslos in die Geschichte der theoretischen Durchdringung von Herrschaftsgewalt und Herrschaftslegitimation eingeschrieben hat, dass Jean Bodin Vorgänger von beachtlichem Rang hatte[67]. Wenn seinem Hauptwerk, den *Six Livres de la République*, dennoch epochale Bedeutung aufgrund seiner Wirkungsmacht beigemessen wird – die nicht zuletzt auf einer in beachtlicher Weise dynamisierten Terminologie fußt –[68], so verbietet es sich hier, den eben vorgestellten Jean Tavard zu einem «Jean Bodin avant la lettre» zu stilisieren. Genauso verspräche es nicht viel, den Autor des Traktats *De iurisdictione et imperio* rein mechanisch unter die Vorläufer Jean Bodins einzureihen: Die Schrift dieses «Vorboten» hat in der Geschichte praktisch keine Wirkung entfalten können[69]. Ob

cognoistre en dernier ressort des iugements de tous magistrats, instituer & destituer les plus grands officiers: imposer ou exempter les subiects de charges & subsides: ottroyer graces & dispenses contre la rigueur des loix: hausser ou baisser le tiltre, valeur & pied des monnoyes: faire iurer les subiects & hommes liges de garder fidelité sans exception à celuy auquel est deu le sermét, qui sont les vrayes marques de souueraineté, comprises sous la puissance de donner la loy à tous en general, & à chacun en particulier, & ne la receuoir que de Dieu ...».

[66] An jüngerem Schrifttum zeigen dies beispielshalber die einschlägigen Passagen in U. SCHLIESKY, *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt. Die Weiterentwicklung von Begriffen der Staatslehre und des Staatsrechts im europäischen Mehrebenensystem* (Jus publicum, 112), Tübingen 2004, S. 73 ff.; C. SEILER, *Der souveräne Verfassungsstaat zwischen demokratischer Rückbindung und überstaatlicher Einbindung* (Jus publicum, 124), Tübingen 2005, S. 18 ff.

[67] Stark wird dieser Gesichtspunkt etwa betont durch D. WYDUCKEL, *Ius publicum. Grundlagen und Entwicklung des öffentlichen Rechts und der deutschen Staatsrechtswissenschaft* (Schriften zum öffentlichen Recht, 471), Berlin 1984, S. 119 ff.; siehe ferner R.E. GIESEY, *Medieval Jurisprudence in Bodin's Concept of Sovereignty*, in H. DENZER (Hrsg.), *Jean Bodin. Verhandlungen der internationalen Bodin Tagung in München* (Münchener Studien zur Politik, 18), München 1973, S. 167-186; M. REULOS, *Les sources juridiques de Bodin. Textes, auteurs, pratique*, *ibidem*, S. 187-194.

[68] Vgl. hierzu H. QUARITSCH, *Souveränität. Entstehung und Entwicklung des Begriffs in Frankreich und Deutschland vom 13. Jahrhundert bis 1806* (Schriften zur Verfassungsgeschichte, 38), Berlin 1986, S. 46 ff.; M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 1: *Reichspublizistik und Policeywissenschaft. 1600-1800*, München 1988, S. 172 ff.

[69] Auch bei Martin LIPENIUS, *Bibliotheca realis iuridica, post virorum clarissimorum Friderici Gottlieb Struvii et Gottlob Augusti Jenichenii curas emendata*, ND der Ausg. Leipzig 1757, Hildesheim - New York 1970, Bd. 1, S. 698 ff. (s.v. *iurisdictio*), wird Tavards Traktat nicht genannt.

dies auf eine zu geringe Auflage zurückzuführen ist, auf den zeitlebens zu «unbedeutenden» Autor, darauf, dass das Konzept des (scheinbar) ungebundenen «Befehls- und Gesetzgeberherrschers» erst noch der Ereignisse nach 1562 bedurfte, um für eine nennenswerte Anzahl von Köpfen konsensfähig zu werden, oder ob es an der noch strikt juristischen, ein nicht rechtsgelehrtes Publikum exkludierenden Sprache und Argumentation lag: Wer könnte dies entscheiden?

Der Wert der Schrift aus der Feder von Jean Tavard ist mit Blick auf Jean Bodin ein anderer: Sie führt in den generellen französischen Diskurs um *iurisdictio*, *imperium* und *potestas* des 16. Jahrhunderts ebenso, wie sie in den konkreten politischen Diskurs des juristisch-humanistischen Milieus von Toulouse zu den Tagen von Bodins juristischen Studien führt: ein Gedankenaustausch, der zwar naturgemäß Bodins Lehren nicht vorwegnehmen konnte, von dem her aber das Denken Bodins maßgebliche Impulse empfangen haben muss. Es spricht in dieser Hinsicht für sich, dass Jean Bodin selbst noch vor seinem ersten großen Publikationserfolg, der *Methodus ad facilem historiarum cognitionem* (1566), und damit wenigstens unter dem Eindruck seines Toulouser Aufenthalts – vielleicht sogar noch in Toulouse – unter anderen eine heute verlorene[70] eigene Abhandlung *De imperio* (*et iurisdictione*) verfasst zu haben scheint, auf die er dann in der *Methodus* wie in der *République* mehrfach verweist.[71] So könnte einerseits der Verdienst des heute beinahe unbekannten Jean Tavard, der «publicae vtilitatis gratia de iure» schreiben wollte, am Ende darin liegen, dass er jenes Klima nachempfindbarer werden ließ, in dem die Theorien eines Jean Bodin für wesentliche Jahre gediehen. Andererseits

[70] Bodin soll ihre Verbrennung, wie die weiterer Frühschriften, auf dem Sterbebett angeordnet haben, siehe auch R. CHAUVIRÉ, *Jean Bodin*, S. 95; zu den Spekulationen, die sich um ihn ranken, vgl.: A. LONDON FELL, *Origins of Legislative Sovereignty*, Bd. 3, S. 62 ff. und S. 245.

[71] JEAN BODIN, *Methodus ad facilem historiarum cognitionem*, ND der Ausg. Amsterdam 1650, Aalen 1967, S. 172 f.: «Vox autem magistratus, imperium ac potestatem significat. sic enim Dictator, magistratus omnium maximus, populi magister dictus est. atque haec fuit Aeschinem inter & Demosthenem controversia gravis ... Sed haec nobis sunt in libro De imperio subtilius disputata»; *ibidem*, S. 175: « ... quae uberius disputata à nobis in libro De jure imperii in c. de Jure majestatis»; *ibidem*, S. 180: quae autem singulari jure ac legis actione magistratui aut privato creduntur, mortuo principe, vel eo qui mandavit revocantur, si res integra sit, ut in procuratore: quae autem jure magistratus competunt, non item. sed haec suo loco fusius: & haec in libro De Imperio sunt à nobis accuratius disputata»; DERS. *République*, I, 10, S. 251: «Voila quant aux principaux poincts concernans la maiesté souueraine le plus brieuement qu'il m'a esté possible, ayant traicte ceste matiere plus amplement au liure de Imperio».

könnte sich der Wert von Tavards Traktat *De iurisdictione et imperio* als Quelle gerade darin erweisen, dass er die Transformationen ein Stück weit greifbarer macht, die das juristische und politische Denken in Frankreich am Vorabend von Bodins *République* durchlief und die deren historischen «Erfolg» mit ermöglichten.

*Résumé*

JEAN TAVARD, IL TEORICO DELLO STATO DIMENTICATO: «IURISDICTIO» E «IMPERIUM» NEL DIBATTITO GIURIDICO DEL RINASCIMENTO FRANCESE

Jean Tavard, giurista e umanista francese del XVI secolo, non raggiunse mai una grande notorietà né nella storia in generale, né nella storia giuridica in particolare. Egli aveva studiato a Tolosa, e lo si incontra in seguito in funzione di *doctor regens* presso la facoltà giuridica di Angers; se ne perdono tuttavia le tracce poco dopo la cosiddetta Notte di San Bartolomeo (1572). Si conservano di lui due scritti a stampa: la sua opera di esordio, il trattato *De iurisdictione et imperio*, pubblicato nel 1557 a Tolosa (l'opera che è al centro della presente ricerca), e un *Commentarius de interdictis et actionibus*, edito postumo a Francoforte sul Meno (irrilevante in questa sede).

Il *De iurisdictione et imperio* di Tavard è uno scritto che merita attenzione per diversi motivi. Anzitutto, esso rappresenta il punto d'arrivo della dottrina maturata a Tolosa negli anni Cinquanta del XVI secolo, anni in cui insegnava nella facoltà giuridica tolosana il celebre giurista Jean de Coras, anima di un importante circolo umanistico che dominava il dibattito giuridico-politico nella capitale della Linguadoca. Inoltre, erano questi gli anni in cui studiava a Tolosa, frequentando il medesimo circolo, anche un altro giurista, Jean Bodin, al quale sarebbe stato riconosciuto in seguito un ruolo di enorme rilievo nella storia delle dottrine sullo Stato e del pensiero giuridico moderno in generale. Vi sono tra l'altro precise tracce di contatti di Jean Tavard tanto con il circolo umanistico di Coras, quanto in particolare con Bodin.

È già indicativo l'argomento scelto da Tavard per la sua prima pubblicazione: la giurisdizione e il suo rapporto con il potere di comando e il diritto stabilito. Scegliendo quest'oggetto d'indagine il giurista si avventurava in Francia, alla vigilia della guerra contro gli Ugonotti, in un terreno caratterizzato da profonde spaccature confessionali, contrasti istituzionali e conflitti di sovranità: in breve, dalla dolorosa consapevolezza che il tradizionale assetto costituzionale della Francia era in grave pericolo. Proprio sotto l'impressione dell'imponderabilità della crisi in atto Tavard sviluppa nel suo trattato un programma di definizione giuridica certa di alcuni concetti, che lo porterà ad attuare una distinzione netta tra *iurisdictio* e *imperium*: il punto culminante di questa teoria è rappresentato in particolare da una circoscrizione del concetto di *iurisdictio* rispetto a quello di *imperium mixtum*. La «chiave» per fare ciò è rinvenuta da Tavard nell'osservanza stretta da parte della giurisprudenza dei *legum*

*praescripta*, il che induce da un lato a emancipare la legislazione dalla giurisdizione, da un altro lato ad abbandonare l'idea che la giurisdizione sia l'attribuzione primaria della sovranità. Essa si riduce ora a *potestas e summa pendens*, vale a dire ad un potere che dipende da un potestà più alta, dalla *summa potestas*. Restano in ogni caso la competenza e il diritto di insediare e rimuovere i magistrati. La soluzione di Tavard si avvicina così alla definizione di «potere supremo» che avrebbe dato di lì a poco Bodin nei *Six Livres de la République* (1576): «... la premiere marque de la souveraineté, est donner loy à tous en general, & à chacun en particulier».

Fare di Jean Tavard un *Bodin avant la lettre* sarebbe senza dubbio eccessivo. Il motivo d'interesse di questa sua prima opera è piuttosto un altro: si tratta di una fonte che consente di gettare uno sguardo più penetrante sia nel dibattito francese della prima età moderna intorno al concetto di sovranità e all'esercizio del potere, sia in particolare nella discussione in corso fra i giuristi umanisti di Tolosa nel Rinascimento. Il trattato di Tavard rappresenta dunque un documento che contribuisce a chiarire quell'evoluzione del pensiero giuridico-politico nella Francia del XVI secolo da cui avranno origine la *République* di Bodin e il suo successo. Esso permette, nello specifico, di ricostruire in modo più esatto un concreto scambio d'idee, che dev'essere stato d'importanza decisiva per l'elaborazione della dottrina bodiniana: quello, appunto, dei giuristi umanisti attivi a Tolosa negli anni della formazione di Bodin.

*Traduzione di Lucia Bianchin*

# Il diritto pubblico nel rinnovamento della tradizione dottrinale

## Il «De Iurisdictione» di Scipione Gentili (1601)

di *Lucia Bianchin*

### 1. *Giurisdizione e diritto pubblico in Europa fra Cinque e Seicento*

L'acceso dibattito sulla giurisdizione che si sviluppa fra Cinque e Seicento non solo in Francia, ma nell'Europa intera, è senza dubbio una tappa importante nella costruzione del diritto pubblico moderno. Questo è già emerso nel corso del nostro Seminario, dove lo ha messo bene in luce ora Andreas Karg per quanto riguarda la Francia, e lo aveva già dimostrato in passato per l'area germanica Michael Stolleis nella sua *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, la quale dedica ampio spazio alla trattatistica della prima modernità in tema di giurisdizione[1].

Dalla definizione di *iurisdictio* di Ulpiano nel *Digesto* (*Dig.* 2.1.3), passando per la dottrina giuridica medievale, fino alla pubblicistica moderna, sono pressoché infinite le varianti di significato attribuite a questo termine: amministrazione della giustizia, applicazione del diritto, potere pubblico, e persino *maiestas*, per ricordare solo alcune delle principali.

Dopo gli studi di Walter Ullmann[2] e di Francesco Calasso[3], ha mostrato in modo esemplare la difficoltà del problema il lavoro di Pietro Costa sulla

[1] Cfr. M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, I: *Reichspublizistik und Policeywissenschaft 1600-1800*, München 1988, trad. it. *Storia del diritto pubblico in Germania*, I: *Pubblicistica dell'impero e scienza di polizia 1600-1800*, Milano 2008, pp. 167-184, dove l'autore chiarisce come il conflitto confessionale inaspritosi a partire dagli anni Settanta del XVI secolo sfociò, prima che nei conflitti armati, in un «conflitto giurisdizionale» fra costituzione imperiale e territori tedeschi, il quale alimentò in modo decisivo la letteratura giuridico-politica del tempo.

[2] Si veda la raccolta di scritti di W. ULLMANN, *Law and Jurisdiction in the Middle Ages*, a cura di G. GARNETT, London 1988.

[3] Cfr. F. CALASSO, *«Iurisdictio» nel diritto comune classico*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, IV, Napoli 1953, pp. 420-443, ora anche in «Annali di storia del diritto», 9, 1965, pp. 89-110; ma si veda anche, dello stesso autore, *I glossatori e la teoria della sovranità. Studio di diritto comune pubblico*, Milano 1951 (Firenze 1945[1]).

semantica del potere politico nella pubblicistica medievale[4], che presenta un panorama vastissimo di testimonianze dottrinali. Nelle molte varianti di significato del termine, ad ogni modo, resta sempre un denominatore comune: è l'idea che la giurisdizione costituisca il nucleo centrale, il cuore della pubblica autorità[5].

L'ampia trattatistica che si sviluppa nella prima modernità intorno a questioni di giurisdizione, magistrature e sovranità, non segna una cesura netta rispetto a quella tradizione di diritto comune pubblico, la quale continua a rappresentare nei secoli successivi il fondamentale deposito di dottrina a cui attingere teorie, argomenti, autorità. Ne ha dato piena prova Dieter Wyduckel nel suo volume *Ius Publicum* del 1984, che si apre con un'ampia prima parte dedicata alle radici medievali del diritto pubblico[6].

D'altra parte, a giudizio di gran parte della letteratura sul diritto pubblico moderno (Stolleis, Notker Hammerstein, Manfred Friedrich, ma anche lo stesso Wyduckel e altri), tanto il riaccendersi del dibattito intorno alla *iurisdictio*, quanto l'impulso decisivo alla costruzione di una scienza del diritto pubblico fra Cinque e Seicento sarebbero stati una prerogativa in buona misura *tedesca* e *protestante*[7]: è un dato di fatto che il diritto pub-

[4] P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano 1969 (rist. 2002).

[5] Anche di ciò abbiamo già avuto qui varie testimonianze dirette. Ricordo solo un esempio, il più significativo: quello della *lex Omnis iurisdictio* del Barbarossa, oggetto di approfondimento nella prima tappa di questo percorso sulle origini del diritto pubblico europeo, nel 2006. Cfr. D. QUAGLIONI, *Il diritto comune pubblico e le leggi di Roncaglia. Nuove testimonianze sulla l. «Omnis iurisdictio»*, in G. DILCHER - D. QUAGLIONI (edd), *Gli inizi del diritto pubblico europeo. L'età di Federico Barbarossa: legislazione e scienza del diritto / Die Anfänge des öffentlichen Rechts. Gesetzgebung im Zeitalter Friedrich Barbarossas und das Gelehrte Recht*, Bologna - Berlin 2007 (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Contributi / Beiträge, 19), pp. 47-65.

[6] Cfr. D. WYDUCKEL, *Ius Publicum. Grundlagen und Entwicklung des öffentlichen Rechts und der deutschen Staatsrechtswissenschaft* (Schriften zum Öffentlichen Recht, 471), Berlin 1984, in particolare cap. 1 («Die Geburt des Ius publicum aus dem Ius commune»), pp. 27-64, e cap. 3 («Der Anteil des kanonischen Rechts an der Ausbildung staatlicher Rechtsstrukturen»), pp. 91-110.

[7] Cfr. M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania*, cit., pp. 146 ss., con il quale concorda da ultimo anche Ch. STROHM, *Calvinismus und Recht. Weltanschaulich-konfessionelle Aspekte im Werk reformierter Juristen in der Frühen Neuzeit*, Tübingen 2008, pp. 315 ss., a cui si rinvia per una sintesi del recente dibattito storiografico sulla questione. Cfr. anche D. WYDUCKEL, *Wittenberger Vertreter des Ius publicum*, in H. LÜCK - H. DE WALL (edd), *Wittenberg. Ein Zentrum europäischer Rechtsgeschichte und Rechtskultur*, Köln - Weimar - Wien 2006, pp. 291-359, il quale tiene ad ogni modo

blico entrò nelle università come disciplina d'insegnamento autonoma, con una certa stabilità, prima in alcune facoltà giuridiche tedesche di indirizzo luterano (come Altdorf, Jena, Strasburgo, Gießen), nelle università cattoliche dell'impero sensibilmente più tardi, nella prima metà del Settecento, e in Italia addirittura nella seconda metà del Settecento)[8]. Fu nell'impero, e soprattutto nei territori che avevano aderito alla Riforma, infatti, che si crearono intorno al Seicento alcune condizioni particolarmente favorevoli a riaprire e approfondire la discussione sul potere pubblico. Al centro dell'attenzione si imponeva ora il problema del potere sovrano (quello da poco disegnato da Bodin in Francia), nella sua natura e nelle sue attribuzioni, ma anche e soprattutto nella sua esatta ripartizione fra Imperatore e Papa, da un lato, e fra Imperatore, principe territoriale e ceti, dall'altro: un problema che era complicato nell'impero da interessi

a precisare che la nascita e l'evoluzione del diritto pubblico moderno non si possono 'liquidare' semplicemente in termini confessionali, né tantomeno ascrivere al 'dominio' di un'unica confessione, il che risulterebbe assai problematico già solo in considerazione delle polemiche interprotestanti nel mondo tedesco dell'epoca, e costituirebbe in ogni caso un travisamento grave del contesto d'origine e di sviluppo dello *ius publicum* (p. 296).

[8] Cfr. I. BIROCCHI, *L'insegnamento del diritto pubblico nelle Università italiane nel XVIII secolo*, in J. KRYNEN - M. STOLLEIS (edd), *Science politique et droit public dans les facultés de droit européennes (XIIIe-XVIIIe siècle)*, Frankfurt a.M. 2008, pp. 549-581. Come si legge anche in I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002, pp. 74-82, la prima cattedra di diritto pubblico negli Stati italiani in realtà fu istituita a Pisa già nel 1726, ma «l'insegnamento ebbe una vita breve, tanto che si dovette aspettare quasi la seconda metà del secolo perché le cattedre avessero una certa diffusione e stabilità: a Pavia (1742), a Napoli (1750), a Padova e Modena (1764) a Parma (1768), a Ferrara (1778), a Catania (1779), e così via» (*ibidem*, p. 74). Il *ius publicum* comunque non fu mai introdotto in importanti Università del Regno sardo-piemontese e dello Stato pontificio. Peraltro, è da precisare anche che fino ad allora «la materia pubblicistica, ovviamente, non era stata estranea alla sfera dell'insegnamento ed è noto, anzi, che le *lecturae* medievali erano state l'occasione di importanti elaborazioni intorno a temi come la sovranità, la *potestas statuendi* e così via» (*ibidem*). Cfr. anche D. MARRARA, *Pompeo Neri e la cattedra pisana di 'diritto pubblico' nel XVIII secolo*, in «Rivista di storia del diritto italiano», 59, 1986, pp. 173-202. Il ritardo dell'Italia nell'istituzione di cattedre di diritto pubblico nelle facoltà giuridiche è spiegato da P. ALVAZZI DEL FRATE, *La formazione dei giuristi nella Roma napoleonica. La Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza*, in «Roma moderna e contemporanea», 2, 1994, pp. 91-104, con il fatto che «il diritto pubblico era considerato 'comme un domaine interdit, tenant 'du mystère réservé aux rois et à leurs ministres', qu'il est périlleux d'approcher'. Un tale insegnamento» era visto dunque con diffidenza poiché in grado di «violare gli *arcana imperii*» (*ibidem*, p. 92 n.). Più in generale, si vedano ancora J. PORTEMER, *Recherches sur l'enseignement du droit public au XVIIIème siècle*, in «Revue historique de droit français et étranger», serie IV, 37, 1959, pp. 341-397, e nel panorama storiografico recente, l'ampio volume collettaneo J. KRYNEN - M. STOLLEIS (edd), *Science politique et droit public dans les facultés de droit européennes (XIIIe-XVIIIe siècle)*, cit.

politici e confessionali contrapposti. Da questa tensione si scatenò in quegli anni un'imponente trattatistica sulla giurisdizione, che sfociò in breve nelle prime esposizioni compiute del diritto pubblico[9].

A questo quadro ha aggiunto di recente molti elementi utili il volume di Christoph Strohm *Calvinismus und Recht. Weltanschaulich-konfessionelle Aspekte im Werk reformierter Juristen in der Frühen Neuzeit* (2008), nel quale si indagano le influenze dell'orientamento confessionale sull'opera di vari giuristi attivi nelle università riformate fra la metà del Cinquecento e i primi anni Venti del Seicento[10]. Lo studio mira anche a far luce, in particolare, sul contributo dei giuristi calvinisti alla formazione del diritto

[9] Cfr. M. Stolleis, *Storia del diritto pubblico in Germania*, cit., pp. 170 ss. Le origini e il rapido sviluppo della discussione sul diritto pubblico sono viste come una conseguenza diretta, in particolare, di tre percorsi storici fra loro intrecciati: il cambiamento della costituzione imperiale dopo il 1555, le tensioni fra le varie fazioni religiose, acuitesi nel corso della Controriforma, e il rafforzamento delle autorità territoriali nei principali territori dell'impero. Questi fattori avrebbero accelerato un'evoluzione che già aveva caratterizzato nel suo insieme il sec. XVI. Con il diffondersi dell'umanesimo e la crescente importanza dei giuristi nell'impero, legata al sorgere degli stati territoriali della prima modernità, anche la nuova letteratura che si occupava di problemi di teoria politica, succeduta ai medievali *specula principum*, subì un profondo mutamento: essa si emancipò, tra la fine del XVI e gli inizi del XVII secolo, sempre più dal suo inquadramento filosofico-teologico, per aprirsi in modo crescente a una trattazione specialistica, tecnico-giuridica, dello *ius publicum*. È questo il quadro nel quale si venne delineando anche un interesse specifico per il tema della *competenza giurisdizionale*, oggetto ideale per trattazioni complessive del diritto pubblico, posto che implicava la discussione intorno ai problemi della sovranità e dell'esercizio del potere. Su questi temi cfr. anche A. Mazzacane, *Teoria delle scienze e potere politico nelle sistematiche tedesche del secolo XVI*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, I, Firenze 1977, pp. 289-316, e, dello stesso autore, si vedano, *Hermann Conring e la storia della Costituzione germanica*, in *Diritto e potere nella storia europea. Atti in onore di Bruno Paradisi*, I, Firenze 1982, pp. 567-610 e *Sistematiche giuridiche e orientamenti politici e religiosi nella giurisprudenza tedesca del secolo XVI*, in F. Liotta (ed), *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, Bologna 1999, pp. 213-252; M. Scattola, *Dalla virtù alla scienza. La fondazione e la trasformazione della disciplina politica nell'età moderna*, Milano 2003, pp. 102-109 e 366-380.

[10] La ricerca copre più precisamente il periodo compreso fra la pace di Augusta (1555) e lo scoppio della Guerra dei Trent'anni (1618), vale a dire quello in cui il protestantesimo riformato (o calvinismo) raggiunse la sua più forte affermazione. Di lì a poco la battaglia della Montagna bianca (1620) decretò la fine del Palatinato Elettorale come potenza preminente fra quelle protestanti nell'impero, e la situazione mutò profondamente a netto vantaggio del protestantesimo luterano. Su quest'ampio studio di Strohm si vedano le recensioni di M. Stolleis, in «Rechtsgeschichte», 14, 2009, pp. 196-200 e di L. Bianchin, in «Sehepunkte», 9, 2009, 9. Il volume, articolato in tre sezioni, dedica in particolare un'ampia terza parte (Ch. Strohm, *Calvinismus und Recht*, cit., pp. 315-438) al contributo dei giuristi riformati allo sviluppo dello *ius publicum*.

pubblico moderno. Molti autori delle prime opere di diritto pubblico, e anche dei primi trattati sulla giurisdizione, furono infatti calvinisti. Le conclusioni a cui giunge Strohm sono interessanti. Il contributo imponente di giuristi calvinisti alla giuspubblicistica moderna non sarebbe legato a principi religiosi o a motivi teologico-confessionali, ma dipenderebbe da una circostanza che si trovava a monte. Il calvinismo, alle sue origini, aveva preso forma in una strettissima relazione con l'ambiente della giurisprudenza umanistica francese: molti dei primi teorici calvinisti erano giuristi umanisti francesi, ugonotti, riparati a Ginevra dopo la strage di san Bartolomeo; lo stesso Calvino si era formato tra Parigi, Orléans e Bourges, dove aveva condotto studi teologici e giuridici. Tutto ciò lasciò una traccia in molti aspetti ideologico-dottrinali del pensiero giuspolitico calvinista, in cui si fusero insieme una solida preparazione giuridica di impostazione umanistica e un vivo interesse per alcuni temi spiccatamente pubblicistici, come il problema del potere, della sua origine e dei suoi limiti, le magistrature, i patti e le alleanze, e anche la giurisdizione[11]. Quanto accennato non segnerebbe peraltro un discrimine certo all'interno del mondo protestante, posto che un numero consistente di giuristi, in questa fase, si collocò in una sorta di 'zona grigia' fra calvinismo e luteranesimo di orientamento melantoniano, evitando di prendere una posizione netta[12].

[11] Cfr. Ch. STROHM, *Calvinismus und Recht*, cit., pp. 25-38. Fra i molti altri lavori dell'autore in quest'ambito della ricerca si segnalano il volume *Ethik im frühen Calvinismus. Humanistische Einflüsse, philosophische, juristische und theologische Argumentation sowie mentalitätsgeschichtliche Aspekte am Beispiel des Calvin-Schülers Lambertus Danaeus*, Berlin - New York 1996, in particolare pp. 217-235, sul rapporto fra dottrina giuridica ed etica critistana nel primo Calvinismo, e il contributo *Recht und Jurisprudenz im reformierten Protestantismus 1550-1650*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte/Kanonistische Abteilung», 92, 2006, pp. 453-493. Per ragioni a questa collegate anche la recezione della dottrina di Bodin fu più pronta e precoce nell'impero da parte dei giuristi riformati di orientamento calvinista (rispetto a cattolici e luterani), sia pur temperata e in parte snaturata nell'idea di una 'doppia *maiestas*' ripartita fra imperatore e ceti imperiali (un'idea peraltro in qualche modo 'autorizzata' dallo stesso Bodin nella sua teoria dell'impero come aristocrazia, e che comporta un vincolo decisamente più stretto del sovrano al diritto). Cfr. Ch. STROHM, *Calvinismus und Recht*, cit., pp. 396-406, che scandaglia le differenze confessionali nella recezione della teoria della sovranità di Bodin in Germania: una questione che ebbe un'importanza catalitica nella discussione giuspubblicistica di fine Cinque e Seicento.

[12] Cfr. Ch. STROHM, *Calvinismus und Recht*, cit., pp. 439-460.

## 2. *Scipione Gentili (Castello di San Ginesio, 1563 – Altdorf, 1616) all'incrocio fra le principali tradizioni culturali e giuridiche europee*

Al gruppo di giuristi di impostazione umanistica che si collocano in quella 'zona grigia', autori dei primi trattati sulla *iurisdictio*, può essere ascritto anche un giurista che costituisce un caso per certi versi atipico, ma proprio perciò interessante. Si tratta di Scipione Gentili[13], un giurista italiano di nascita, ma tedesco di adozione, il quale fuggì dall'Italia per motivi di religione quand'era ancora un ragazzo, al seguito del padre e del fratello, il noto giurista Alberico Gentili[14]. Mentre Alberico proseguì la sua fuga dall'Inquisizione verso l'Inghilterra, il fratello minore Scipione si fermò a compiere i propri studi in Germania, dove ebbe poi una fortunata carriera accademica. Come scriveva Giuseppe Speranza, biografo di Alberico Gentili, alla fine dell'Ottocento, Scipione ebbe fama forse

[13] Un'ampia informazione biografica su Scipione Gentili si trova in M. PICCART, *Laudatio funebris Scipionis Gentilis*, Norimbergae 1617, in H. WITTE, *Memoriae iurisconsultorum nostri saeculi clarissimorum renovatae decas prima*, Francofurti apud Moenum 1676, p. 25-42; C.S. ZEIDLER, *Vitae professorum iuris, qui in academia Altdorffina inde ab eius iactis fundamentis vixerunt ex monumentis fide dignis descriptae*, Norimbergae 1770, pp. 104-140; J.F. JUGLER, *Beyträge zur juristischen Biographie, oder genauere litterarische und kritische Nachrichten von dem Leben und den Schriften verstorbener Rechtsgelehrter und Staatsmänner, welche sich in Europa verdient gemacht haben*, VI, Leipzig 1780, pp. 146-168; F. VECCHIETTI - T. MORO, *Scipione Gentili*, in *Biblioteca picena o sia notizie istoriche delle opere e degli scrittori piceni*, V, Osimo 1796, pp. 34-53; G. MONTECHIARI, *Elogio di Scipione Gentili*, Macerata 1816. Notizie su di lui sono fornite anche da J.-P. NICERON, *Mémoires pour servir à l'histoire des hommes illustres dans la république des lettres*, t. 15, Paris 1731, pp. 33-44, rist. anast Genève 1971, II, pp. 726-729; J.S. ERSCH - J.G. GRUBER (edd), *Allgemeine Encyclopädie der Wissenschaften und Künste*, LVIII, Leipzig 1818, pp. 292-296; P. BAYLE, *Dictionnaire historique et critique*, nouv. éd., Paris 1820, VII, pp. 67-69; M.A.P.Th. EYSSEL, *Doneau. Sa vie et ses ouvrages*, Paris - Rotterdam 1860, pp. 149-153; R. VON STINTZING, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, I, München - Leipzig 1880-1884 (rist. anast. Aalen 1978), pp. 392-395; G. MUMMENHOFF, *Die Juristenfakultät Altdorf in den ersten fünf Jahrzehnten ihres Bestehens* (1576-1626), Diss. Erlangen 1958. Un cenno è fatto anche in F. SCHUPFER, *Manuale di storia del diritto italiano. Le fonti*, Roma 1895$^2$, p. 627. Nel panorama storiografico più recente si vedano W. MÄHRLE, *Academia Norica. Wissenschaft und Bildung an den Nürnberger Hohen Schule in Altdorf (1575-1623)*, Stuttgart 2000, pp. 443-478; H. JAUMANN, *Handbuch Gelehrtenkultur der Frühen Neuzeit*, 1: *Bio-bibliographisches Repertorium*, Berlin - New York 2004, pp. 292-293; Ch. STROHM, *Calvinismus und Recht*, Tübingen 2008, p. 356-366. Da ultimo cfr. L. BIANCHIN, *Scipione Gentili*, in E. CORTESE - I. BIROCCHI - A. MATTONE - M. MILETTI (edd), *Dizionario dei giuristi italiani (secc. XII-XX)*, in corso di stampa.

[14] Di cui ha parlato Angela de Benedictis nel suo contributo in questo stesso volume, autrice anche della voce *Scipione Gentili*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, LIII, Roma 1999, pp. 268-272.

anzi «maggiore del fratello, cui se non superiore nella cognizione del diritto e nell'acutezza dell'ingegno, vinse nella purezza del dettato, nella eleganza dello stile, e nella forza della immaginazione, che lo rese anco poeta dei migliori del secolo»[15].

Scipione Gentili fu in effetti giurista, ma anche filologo e poeta, si conquistò presto grande stima in Germania per la capacità di coniugare una sottile competenza filologica e una solida preparazione giuridica[16]. Egli intraprese in un primo momento studi filologici e poetici a Tubinga; passò quindi a Wittenberg, dove imboccò anche la via degli studi giuridici; e si trasferì in seguito nei Paesi Bassi, a Leida, dove perfezionò tanto gli studi filologici, sotto Giusto Lipsio (l'umanista fiammingo editore di Seneca e di Tacito), quanto gli studi giuridici, sotto Ugo Donello (l'illustre giurista di Bourges che, riparato a Ginevra dopo la strage degli ugonotti in Francia, era infine approdato a Leida)[17]. L'incontro con Donello si rivelò decisivo per Scipione Gentili: a lui furono legate da allora in poi la sua vita e la sua carriera. Quando Donello perse il posto a Leida per motivi

[15] G. SPERANZA, *Alberico Gentili. Studi*, Roma 1876, qui p. 97. Il passo è ripreso anche da G. SALVI, *Scipione Gentili*, in «La incoronazione della Vergine della Misericordia. Periodico mensile religioso, letterario, storico», 5, 1908, 9, pp. 313-315: p. 314, e da A. DE BENEDICTIS, *Scipione Gentili*, cit., p. 272. L'affermazione del biografo, del resto, riproduce fedelmente un giudizio già formulato dalla trattatistica giuspolitica tedesca del Seicento. Già Hermann Conring, il grande giurista di Helmstedt che alla metà del XVII secolo tira le fila della dottrina giuspubblicistica tedesca, in margine a una citazione di Alberico Gentili, aveva annotato infatti: «Alberico Gentili è un illustre giureconsulto vissuto al tempo di Giacomo e contemporaneo di Selden; è fratello di Scipione Gentili; entrambi sono originari dell'Italia, ma sono fuggiti per motivi religiosi. E benché Alberico si sia distinto per ingegno, tuttavia Scipione fu di gran lunga più accurato» (HERMANNI CONRINGII *De finibus imperii Germanici*, in HERMANNI CONRINGII *Opera omnia*, in 7 t., Brunsvigae 1730, I, p. 462, nota (i) su Alberico Gentili – la traduzione è mia).

[16] Cfr. R. VON STINTZING, *Scipio Gentilis*, in *Allgemeine Deutsche Biographie*, VIII, Leipzig 1878, pp. 576-577, e la voce *Gentilis Scipio*, in *Grosses vollständiges Universallexikon*, X, Halle - Leipzig 1735, p. 466.

[17] Cfr. R. VON STINTZING, *Scipio Gentilis*, cit., p. 57; G. MONTECHIARI, *Elogio di Scipione Gentili*, cit., pp. 3 ss., e F. VECCHIETTI - T. MORO, *Scipione Gentili*, cit., pp. 34-35, e G. GRAVIER, Epistola dedicatoria *Lectori Jurisconsulto*, che apre la raccolta SCIPIONIS GENTILIS JURISCONSULTI *Opera omnia in plures tomos distributa*, 8 voll., Neapoli, Sumtibus Joannis Gravier et Nepotis, 1763-1769, I, pp. I-IV. La vasta produzione pubblicistica di Scipione Gentili, che include scritti poetici, filologici e teologici, è in realtà solo in parte contenuta in questa sia pur ampia raccolta. Elenchi completi delle sue opere edite e inedite si trovano in C.S. ZEIDLER, *Vitae professorum iuris*, cit., pp. 127-140, e J.F. JUGLER, *Beyträge zur juristischen Biographie ... verstorbener Rechtsgelehrter*, cit., pp. 156-168.

religiosi[18], anche Gentili lasciò i Paesi Bassi per terminare i propri studi a Basilea; conseguita lì la laurea in diritto nell'aprile del 1589, raggiunse di nuovo il maestro, che aveva ottenuto nel frattempo un incarico alla facoltà giuridica di Altdorf, presso la città imperiale di Norimberga[19]. Era questa un'accademia di nuova istituzione, che nel giro di pochi anni divenne punto d'incontro di studiosi provenienti da Olanda, Francia, Italia, e avrebbe assunto ben presto un ruolo centrale nello sviluppo del diritto pubblico in Germania[20]. Fra i professori attivi ad Altdorf in quegli

[18] Pare in quanto sospettato di aver preso parte ai piani di asservimento dell'Olanda alla Corona inglese messi in atto dal conte di Leicester, nominato nel frattempo dalla regina governatore generale della Repubblica Olandese (sono vicende singolarmente legate a quelle del fratello Alberico Gentili, che nello stesso anno – 1587 – ottenne la nomina a *regius professor* di diritto civile all'Università di Oxford proprio grazie all'appoggio del conte di Leicester). Cfr. due diverse versioni dell'accaduto, la prima, 'colpevolista' nei confronti di Donello, nella voce *Hugo Donellus*, in *Grosses vollständiges Universallexikon*, VII, Halle - Leipzig 1734, pp. 1274-1275: «nahm er doch an. 1580 die *Vocation* nach Leiden an. Nachdem er sich aber daselbst in die Leicesterische Faction mit eingelassen, welche die Freyheit der Holländischen Republic unterdrücken wollte, wurde er genötiget, an. 1588. Holland zu verlassen. Er kehrte also wieder nach Deutschland, und wurde *Professor Juris* zu Altdorf»; l'altra, favorevole al Donello, in R. VON STINTZING, *Hugo Donellus*, in *Allgemeine Deutsche Biographie*, V, Leipzig 1877, pp. 331-332: a Leida, «trotz mancher Reibungen, welche der Gegensatz seiner streng calvinistischen Richtung zu den in den Niederlanden herrschenden kirchenpolitischen Grundsätzen veranlasste, liess er sich bestimmen, Berufungen nach Altdorf (1582) und Heidelberg (1583), wo der Calvinismus wieder zur Herrschaft gelangt war, nicht Folge zu leisten. Indes gerieth er, in die Streitigkeiten der Parteien verwickelt, in der Verdacht, sich an den Leicester'schen Umtrieben betheiligt zu haben, und ward am 25. Aug. 1587 ohne Gehör seiner Stelle entsetzt. Seine Beschwerden über da form- und grundlose Verfahren blieben erfolglos, da man sich eines durch persönliche Autorität mächtigen Gegners entledigen wollte». Sulla questione si veda inoltre H. LIERMANN, *Hugo Donellus*, in *Neue Deutsche Biographie*, IV, Berlin 1959, pp. 70-71.

[19] Donello insegnò ad Altdorf dal 1588 fino alla morte, avvenuta tre anni dopo. Su quest'ultima fase della sua vita cfr. C.S. ZEIDLER, *Spicilegium observationum vitam Hugonis Donelli*, Lucca 1766, e, dello stesso autore, *Vitae professorum iuris*, cit., pp. 63-103; M.A.P.Th. EYSSEL, *Doneau. Sa vie et ses ouvrages*, traduit du latin de l'auteur par M.J. Simonnet, Dijon 1860 (rist. Genève 1970); R. VON STINTZING, *Hugo Donellus in Altdorf*, Erlangen 1869.

[20] Per la storia della facoltà giuridica di Altdorf, da cui si traggono anche ulteriori notizie su Scipione Gentili, oltre ai già citati C.S. ZEIDLER, *Vitae professorum iuris*, cit.; G. MUMMENHOFF, *Die Juristenfakultät Altdorf in den ersten fünf Jahrzehnten ihres Bestehens* (1576-1626), cit., e W. MÄHRLE, *Academia Norica*, cit., si vedano G.A. WILL, *Geschichte und Beschreibung der Nürnbergischen Universität Altdorf*, Aalen 1975 (rist. della 2a ed. Altdorf 1801); H. KUNSTMANN, *Die Nürnberger Universität Altdorf und Böhmen. Beiträge zur Erforschung der Ostbeziehungen deutscher Universitäten*, Köln-Graz 1963, in particolare pp. 25-144; H.C. RECKTENWALD, *Aufstieg und Niedergang der Universität Altdorf*, in

anni basti ricordare Arnold Clapmar, autore di varie *Disputationes de jure publico*, ivi tenute a partire dal 1600, e, «a quanto risulta, il primo a tenere lezioni di *ius publicum*»[21].

Introdotto da Donello, Gentili rimarrà ad Altdorf fino alla morte, nel 1616, insegnando con successo in quella facoltà di diritto, prestando attività di consulenza per il Consiglio di Norimberga e tenendo dispute pubbliche che lo resero noto in tutta Europa. Negli ultimi anni gli furono offerte cattedre dalle università di Bourges, Orléans, Heidelberg, Leida (con ripetute sollecitazioni del principe Maurizio di Orange-Nassau e degli Stati di Olanda) e persino dall'università di Bologna (su pressione, pare, di Clemente VIII)[22]. Nei primi anni ad Altdorf la collaborazione

H.C. RECKTENWALD (ed), *Gelehrte der Universität Altdorf*, Nürnberg 1966, pp. 11-49 (da cui risulta che Scipione Gentili fu rettore fra il 1 luglio 1597 e il 30 giugno 1598 e fra il 30 giugno 1613 e il 29 giugno 1614 e prorettore fra il 1 luglio 1598 e il 30 giugno 1599); e ancora H. LIERMANN, *Juristen in Altdorf*, *ibidem*, pp. 61-78; H.C. RECKTENWALD, *Die fränkische Universität Altdorf*, Nürnberg 1990 (1966$^1$), e H. RECKNAGEL, *Die Nürnbergische Universität Altdorf und ihre großen Gelehrten*, Altdorf 1998.

[21] M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania*, cit., pp. 82-85: p. 83. *Ibidem*, pp. 146-147, precisa che «l'inizio delle lezioni universitarie di *ius publicum* non è determinabile con esattezza». Peraltro, «se ci si attiene segnatamente alla formula *ius publicum*, possiamo trovarne le prime tracce nelle *disputationes* tenute da Arnold Clapmarius ad Altdorf a partire dal 1600, specificamente designate *ex iure publico*. Clapmarius, in un discorso indirizzato al langravio Maurizio d'Assia (1572-1632), propose un elenco di materie di diritto pubblico; e ne rilevò l'importanza per i reggenti: diritto imperiale, ordinamento religioso, diritto di guerra e di alleanza, *arcana* della repubblica, tribunali e amministrazione. Sin dall'inizio era evidente che tali materie non potevano essere elaborate prendendo spunto dal solo diritto romano». L'opera maggiore di Clapmar restano ad ogni modo i *De Arcanis rerum publicarum libri sex* (Bremen 1605), su cui si veda H. HEGELS, *Arnold Clapmarius und die Publizistik über die 'arcana imperii' im 17. Jahrhundert*, Bonn 1918. Cfr. inoltre G. OESTREICH, *Clapmarius Arnold*, in *Neue Deutsche Biographie*, III, Berlin 1957, pp. 260. Si noti che Clapmar, autore nella sua breve vita (1574-1604) di svariate opere di diritto pubblico, ricopriva ad Altdorf una cattedra di storia e politica.

[22] F. VECCHIETTI - T. MORO, *Scipione Gentili*, cit., p. 37, fornisce una versione un poco diversa: «Che il Papa lo invitasse (non già in Bologna, ma nell'Archiginnasio della Sapienza di Roma) per farlo tornare nel seno della Cattolica Chiesa, egli è verissimo; ma non è da credere, che gli si accordasse positivamente la pretesa libertà di coscienza», come riferiscono altre biografie del nostro autore. Questa versione minoritaria è corredata da molti dettagli e da un'ulteriore fonte biografica: una lettera di Marco Velsero a Paolo Gualdo, datata 17 luglio 1609, inserita nelle *Lettere di uomini illustri, che fiorirono nel principio del secolo XVII non più stampate*, Venezia 1744, p. 300, dove si legge: «So, che a tempo di Papa Clemente fu trattato di fare ricattolicare Scipione Gentili, e di dargli una cattedra nella Sapienza di Roma ad istanza del Cardinale Sangiorgio ec., ma non ci fu mai verso d'assicurarlo ad intiera sua soddisfazione, dubitando egli sempre, che l'Inquisizione gli troverebbe qualche pelo addosso».

con il maestro divenne strettissima[23]. A lui Donello in fin di vita, nel 1591, affidò la cura del terzo volume, ormai quasi pronto, dei suoi *Commentarii de iure civili*[24]; e sarà proprio l'allievo, negli anni successivi, a completare in modo sostanziale l'opera del maestro, dando alle stampe anche i volumi quarto e quinto, che erano allo stadio ancora di semplici appunti[25]. Spesso non si ricorda, ma gran parte dei *Commentarii de iure civili* del Donello è quindi opera di Scipione Gentili.

## 3. *Scipione Gentili e il diritto pubblico*

Quale rapporto vi fosse tra Gentili e il diritto pubblico si evince in modo vivido da ciò che scrive l'autore stesso nell'epistola dedicatoria delle sue *Disputationes illustres, sive de jure publico populi Romani*, un'opera edita a Norimberga nel 1598, che raccoglie vari scritti di diritto pubblico romano (nella prima edizione solo quattro, in quelle successive anche altre tre). La raccolta è dedicata da Gentili ad un amico e collega, Cristoforo Pflug, che condivideva con lui la passione precoce per alcuni grandi temi pubblicistici. Nell'epistola dedicatoria si legge:

> «Queste *disputationes* le dedico a te, caro Pflug, che desideri conoscere non solo cosa disponga il diritto romano sui muri o sulle acque, ma anche, e molto più, quali provvedimenti abbia adottato il popolo romano in tema di sovranità, potere, libertà, alleanze, guerra. In tutto ciò consiste quella scienza, [il diritto pubblico], che nella tua *Disputatio de justitia et jure* hai chiamato giustamente regina di tutte le discipline umane e colei che disegna l'architettura intera (*omnium humanarum disciplinarum princeps et architectonica scientia*). Sul fatto che questa scienza tu la distingua dalla giurisprudenza, sono d'accordo; ma non ti sei vergognato di chiamarla *ancilla*? Avresti dovuto chiamarla piuttosto *domina*: essa infatti impone il suo ordine a tutto e a tutti (*imperator enim et praescribit omnia omnibus*), anche a quel tuo 'sommo moderatore'»[26].

[23] Cfr. M. PICCART, *Laudatio funebris Scipionis Gentilis*, cit., pp. 32-33, e *Scipio Gentilis* in *Deutsche Biographische Enzyklopädie*, a cura di W. KILLY, III, Darmstadt 1996, p. 623.

[24] Il terzo volume uscirà ad Hanau nell'anno stesso della sua morte.

[25] Cfr. R. VON STINTZING, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, cit., I, p. 378 e pp. 394-395, e, dello stesso autore, si veda *Scipio Gentilis*, cit., p. 577 e *Hugo Donellus in Altdorf*, Erlangen 1869, pp. 44-46; M.A.P.Th. EYSSEL, *Doneau. Sa vie et ses ouvrages*, cit., pp. 152-153, e G. GRAVIER, Epistola dedicatoria *Lectori Jurisconsulto*, cit., p. II.

[26] SCIPIO GENTILIS, *Epistola ad Christophorum Pflugium*, in SCIPIO GENTILIS, *Disputationum illustrium, sive de jure publico populi romani, Liber*, Noribergae, ex typographeo Pauli Kaufmanni, 1598, ora anche in SCIPIONIS GENTILIS JURISCONSULTI *Opera omnia*, cit., t. I, p. 269. La traduzione libera è mia. Il passo iniziale dell'epistola in versione integrale recita: «Beneficium qui recte ponit, accipit. Hunc versiculum, si nullius veteris Poetae est, pro tuo vendito. Disputatio una tua de justitia et jure, quam nomini meo inscripsisti, peperit

Il diritto pubblico, dunque, comanda anche al sovrano. La dedica si conclude così:

«Se gli argomenti non saranno svolti in modo impeccabile, mio caro amico, considera per favore che queste sono semplici dissertazioni, e non trattati, e tieni presente anche a quali studi mi ha relegato la mia professione. Ti rendi conto che io dovrò invecchiare sulle asperità di Accursio e di Bartolo?[27]. È giusto, dunque, che io dimostri almeno la mia gratitudine a questa luminosa scienza sorella»[28].

Come si può notare in questo bel saggio di polemica umanistica, il cuore di Scipione Gentili batteva dunque per il diritto pubblico.

E di diritto pubblico egli riuscirà ad occuparsi abbastanza ampiamente nel corso della sua vita. Fra le sue opere di interesse pubblicistico, anzitutto, qualcosa va detto ancora sulle disputazioni di diritto pubblico romano. Al nucleo originario dell'opera appartiene un'interessante *Disputatio de principatu romano*[29], che ripercorre l'evoluzione dei concetti di *jus maiestatis* e *summum imperium* nel lungo arco di storia dell'antica Roma; seguono

tibi has quatuor de jure publico disputationes. Tibi, inquam, mi Pflugi: qui non solum cupis scire, quid populus romanus de jure parietum, aut aquarum cautum habuerit, sed etiam et multo magis quid de jure maiestatis, de imperio, de libertate, de foederibus, de bello, de jure sociorum, summa sapientia et invenerit et servaverit. His enim rebus scientia illa continetur, quam in disputatione tua doctissima omnium humanarum disciplinarum principem et architectonicam appellas, recte: quod ab ea jurisprudentiam distinguis, id etiam recte, etiam ex sensu meo. Ancillam vero hanc vocare, non te puduit? Dominam debuisti: imperator enim et praescribit omnia omnibus, etiam summo illi moderatori tuo. Sed ita est, jurisprudentia hodie putatur in stillicidiis, et cautionibus, aliisque juris privati rebus consistere: atque hac scientia scilicet Servius, Papinianus, Paulus, Ulpianus, innumerabiles alii, non Reipub. solum Romanae, sed orbi terrarum praefuere».

[27] Sembra riecheggiare qui l'immagine evocata da ERASMO DA ROTTERDAM, *Elogio della follia* (1509), dei giureconsulti che rotolano senza sosta la roccia di Sisifo, impegnati a formulare innumerevoli leggi, non importa a qual proposito, e ad aggiungere glosse a glosse, pareri a pareri, così da presentare lo studio del diritto come il più difficile fra tutti, e nobilitare se stessi attraverso questa fatica.

[28] *Ibidem*, p. 270: «Titulum illustrium quod his disputationibus praefigi passus sim, non eo factum est, quod res per se fortasse parvas nobilitare magnificis verbis voluerim; sed ut a vulgaribus et omnium jam ante puerorum ingenio atque exercitatione tritis disputationibus disjungerem. Si non omnia exacte a me tractata fuerint; primum cogita, has Theses esse, non tractatus: deinde quibus studiis me muneris et professionis meae ratio devinxerit. Ad scopulos mihi vides Accursii et Bartoli consenescendum esse; atque hanc adeo me habere illi mentis bonae sorori gratiam, aequum est. Bene vale! Altdorph. In Provincia Norici».

[29] Cfr. SCIPIONIS GENTILIS *Opera omnia*, cit., t. I, pp. 273-281. Lo scritto è ricordato anche in ARNOLDI CLAPMARII - FRANCISCI ROSELLI - WOLFGANGI HEINRICI RUPRECHTI *Conclusiones de jure publico*, Lugduni Batavorum, 1644, p. 102.

tre dissertazioni su leggi che riconobbero libertà e diritti fondamentali ai cittadini romani, come la *lex Clodia*, che costò l'esilio a Cicerone[30], la *lex Cornelia*, in base alla quale gli fu consentito invece il rimpatrio[31], e la *lex Porcia de suppliciis*, che proibì la tortura e la violenza privata in assenza di una pubblica accusa[32]. Altri tre scritti, come accennato, furono aggiunti solo in edizioni successive della raccolta: una *Disputatio de jure belli*[33] e i commenti a due celebri costituzioni dell'imperatore Federico I, la *lex Regalia*[34] e l'*Autentica Habita*[35], che Gentili riesamina con attenzione, passandole al vaglio dell'intera dottrina giuridica medievale e moderna.

L'interesse di Scipione Gentili si rivolgerà anche a un altro grande tema di diritto pubblico: quello delle congiure, cui saranno intitolati i suoi *De conjurationibus libri duo* (Francofurti 1600)[36]. Nel primo volume egli

[30] SCIPIONIS GENTILIS *Disputatio de lege Clodia de vi*, in SCIPIONIS GENTILIS *Opera omnia*, cit., t. I, pp. 282-291.

[31] SCIPIONIS GENTILIS *Disputatio de lege Cornelia de restitutione M.T. Ciceronis*, in SCIPIONIS GENTILIS *Opera omnia*, cit., t. I, pp. 292-302.

[32] SCIPIONIS GENTILIS *Disputatio de lege Porcia de suppliciis, sive de libertate romana*, in SCIPIONIS GENTILIS *Opera omnia*, cit., t. I, pp. 303-323.

[33] SCIPIONIS GENTILIS *Opera omnia*, cit., t. I, pp. 324-333. L'operetta, che fu pubblicata la prima volta a Norimberga nel 1598, è estremamente sintetica e presenta grandi somiglianze con l'opera omonima, ben più celebre e ponderosa, del fratello Alberico Gentili, edita lo stesso anno (identica è la definizione di «guerra» e quella di altri concetti chiave; anche la struttura argomentativa e varie citazioni e allegazioni coincidono, come nel caso dell'unico richiamo a Melantone presente in entrambe le opere al medesimo proposito.

[34] *Disputatio ad Constitutionem Imperatoris Friderici I.* AHENOBARBI *de regalibus* (Altdorf 1609), ora in SCIPIONIS GENTILIS *Opera omnia*, cit., t. I, pp. 334-364. Si veda M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania*, cit., pp. 186 ss., che parla della nascita in quegli anni di un vero e proprio genere letterario nuovo: la trattatistica *de regalibus*. Come riepiloga Stolleis, «gli autori di trattati *De regalibus* a cavallo fra il XVI e il XVII secolo erano per lo più professori di diritto feudale e al contempo operatori pratici presso amministrazioni pubbliche ... Data la prevalenza dell'interesse dei pratici per la materia, le sue radici scientifiche continuavano a risiedere 'ancora' nell'ambito del diritto feudale, e non in quello dello *ius publicum* in senso stretto. Si trattava di una disciplina a metà fra i rami del diritto civile e della pubblicistica imperiale. Che non fosse materia di secondario rilievo è provato dalla densità della produzione letteraria intorno al 1600».

[35] *Disputatio de jure singulari studiosorum, ad Auth. Habita. C. Ne filius pro patre, etc.* (Altdorf 1613), pp. 365-373. Cfr. ora. SCIPIONIS GENTILIS *Opera omnia*, cit., t. I, pp. 365-373.

[36] Cfr. SCIPIONIS GENTILIS *Opera omnia*, cit., t. V, pp. 5-250. G. SALVI, *Scipione Gentili*, cit., p. 313, riconduce la scrittura di quest'opera a vicende personali del fratello Alberico (essa avrebbe dovuto costituirne idealmente una difesa, allorché questi a Londra entrò in sospetto di congiura contro la regina Elisabetta).

analizza in tutte le sue implicazioni la *lex Quisquis* del titolo *Ad legem Iuliam maiestatis* del *Codice*, sul reato di lesa maestà; nel secondo presenta invece vari scritti sull'argomento, alcuni suoi, altri di Dione Cassio, Giovanni Crisostomo, Scipione Ammirato, Antonio Conti, e Machiavelli (è riportato il capitolo 6 del libro III dei *Discorsi* sulle congiure)[37]. Fra le *orationes rectorales* di Scipione Gentili merita di essere ricordata infine una bella *Oratio de Lege regia* (Noribergae 1600), sintetica ma efficace, dov'egli affronta il problema delle origini del potere imperiale, in un discorso che assume a tratti una colorazione decisamente repubblicana: la *lex Regia* era non a caso un luogo tipico utilizzato dalla pubblicistica calvinista per contestare l'idea di una *potestas legibus soluta* e riaffermare il vincolo del sovrano al rispetto delle leggi non solo di Dio e della natura, ma anche civili[38].

## 4. *I «De jurisdictione libri III» di Scipione Gentili*

Tutto questo materiale confluirà in una delle opere maggiori di Scipione Gentili, il *De iurisdictione*, un ampio trattato in tre libri pubblicato a Francoforte nel 1601[39]. L'opera è dedicata all'Elettore Palatino Federico IV e, come spiega la Dedica, benché vi fossero altri temi d'interesse più attuale per il principe, che era assorbito allora dalle lotte religiose[40], intende

[37] Quest'opera di Gentili è citata con grande onore ad esempio da Ch. BESOLD, *Dissertatio XIII. De Iudiciis Maiestatis sive De Lege et crimine Maiestatis Ad Loc. Taciti I. A. 72. 73. 74. cum parallelis*, p. 390: «Sed haec et talia exemplis melius iudicantur et cognoscuntur. Quo consilio quondam Vir doctissimus Scipio Gentilis in librum de coniurationibus et conspirationibus, celeberrima quaedam conduxit. Ad philosophiam huius loci instruendam, multum faciet laudatus ante tractatus Iacob. Gothofr. ad L. Quisquis. C. ad L. Iul. Mai. valde politikos, quod in hoc argumento requiritur».

[38] Sul ruolo della *lex regia* nella dottrina giuridica protomoderna cfr. D. WYDUCKEL, *Princeps legibus solutus. Eine Untersuchung zur frühmodernen Staats- und Rechtslehre*, Berlin 1979, pp. 163 ss.; P. COSTA, *Iurisdictio*, cit., pp. 192-194; F. LOMONACO, *Lex regia. Diritto, filologia e «fides historica» nella cultura politico-filosofica dell'Olanda di fine Seicento*, Napoli 1990; più di recente D. QUAGLIONI, *Il «De papatu Romano Antichristo» del Gentili*, in L. LACCHÈ (ed), *«Ius gentium Ius communicationis Ius belli». Alberico Gentili e gli orizzonti della modernità*, Atti del convegno, Milano 2009, pp. 197-207, in particolare p. 203, e Ch. STROHM, *Calvinismus und Recht*, cit., pp. 403 ss.

[39] SCIPIO GENTILIS, *De iurisdictione libri III*, Francofurti, typis Wechelianis apud Claudium Marnium & heredes Ioan. Aubrii, 1601, ora in SCIPIONIS GENTILIS *Opera Omnia*, cit., t. III, pp. I-XVI e 1-435. Si veda ora in proposito Ch. STROHM, *Calvinismus und Recht*, cit., pp. 356-362.

[40] Federico IV Elettore Palatino dal 1592 al 1610, fervente calvinista, era destinato a diventare di lì a qualche anno (1608) il capo dell'alleanza militare dei principi protestanti

approfondire una questione di portata universale: si tratta appunto della giurisdizione. Sancire leggi e fare giustizia – scrive Gentili –, è infatti da sempre l'ufficio più nobile di principi e imperatori[41].

Il trattato si apre con una definizione del termine *iurisdictio*: «Omne imperium atque omnis jussus eorum, qui publice aliis praesunt, latissima jurisdictionis significatione continetur»[42]. Ogni autorità e ogni potere di coloro che hanno una funzione pubblica di comando è dunque compreso nella giurisdizione in senso ampio. È questa una definizione che fa evidentemente tesoro del travaglio dottrinale dei secoli precedenti intorno ai titoli *de iurisdictione* del *Codice* e del *Digesto*. Lo conferma lo sviluppo del discorso, che sarà tutto impostato sulle coordinate fissate dalla dottrina di diritto comune: vi è una *iurisdictio* in senso lato, che costituisce la struttura giuridica unitaria nella quale è ricompresa la fenomenologia del potere; essa include una *iurisdictio* in senso più specifico, che si identifica con la *potestas iuris dicendi*, e l'*imperium*, vale a dire il legittimo potere di comando che arriva fino alla coercizione. L'*imperium*, da cui la *iurisdictio* in senso stretto non può comunque essere disgiunta, a sua volta si divide in *merum* e *mixtum imperium*, ovvero in definitiva nel diritto di esercitare la giurisdizione civile e criminale, con l'inclusione nel *merum imperium* anche del potere di legiferare[43]. Anche gli altri termini utilizzati e le ulteriori partizioni coincidono, salvo sfumature, con quanto elaborato dalla dottrina giuridica tardomedievale[44].

detta «Unione Evangelica». Il titolo passerà alla sua morte al figlio Federico V, uno dei grandi protagonisti delle prime fasi della Guerra dei Trent'anni.

[41] Scipio Gentilis, *Epistola dedicatoria*, in Scipio Gentilis, *De iurisdictione libri III*, cit., pp. III-VI: qui p. IV.

[42] Scipio Gentilis, *De iurisdictione libri III*, cit., lib. I, cap. 1, p. 1.

[43] *Ibidem*, lib. I, cap. 2 (*De jurisdictione generalis divisio*), p. 4: «Jurisdictionis nomen generale esse, et imperium non solum mixtum, sed etiam merum, sub ea tanquam species contineri, quamvis aliqui negaverint, evidenter tamen demonstrari potest ... Cur igitur, inquies, jurisdictio tam saepe ab imperio distinguitur ...? Facilis responsio est: Jurisdictionis vocabulum et generis et speciei loco ponitur, ut multa alia in jure civili, velut, Adoptio, Cognatio ..., Signum». Per un ulteriore approfondimento del tema si vedano anche D. Willoweit, *Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt*, Köln 1975, e, più di recente, M. Stolleis, *Storia del diritto pubblico in Germania*, cit., pp. 170.

[44] Cfr. F. Calasso, *«Iurisdictio» nel diritto comune classico*, cit., ancora ampiamente ripreso nel recente contributo sullo stesso tema di V. Crescenzi, *Il problema del potere pubblico e dei suoi limiti nell'insegnamento dei Commentatori*, in J. Krynen - M. Stolleis (edd), *Science politique et droit public dans les facultés de droit européennes (XIIIe-XVIIIe siècle)*, cit., pp. 57-89. Si veda in proposito anche P. Costa, *Iurisdictio*, cit., pp. 111-120 e pp. 161-164. Più in generale cfr. anche L. Mannori, *Per una preistoria della funzione*

Al di là di questo, la definizione di Gentili esprime però anche qualcosa di nuovo e di diverso. Essa esprime già, in certo modo, il travaglio dell'autore nel tentativo di conciliare due opposte esigenze: da un lato, quella di definire il concetto di giurisdizione in modo limpido e preciso, sia dal punto di vista filologico che giuridico; dall'altro lato, quella di non chiudere gli occhi davanti a una realtà di fatto: da sempre il potere è avido di questi termini legittimanti, elaborati con acume e fatica dai giuristi, ma poi li fagocita e ne distorce la sostanza[45]. Lo testimonia Seneca nel *De clementia*, citato da Gentili poche righe più avanti, per quella espressione che il filosofo romano ricordava di aver sentito dire da un imperatore: «Quae ruant urbes, quae oriantur mea jurisdictio est» (Quali città crollino e quali nascano, è giurisdizione mia)[46].

Definiti i termini fondamentali, il trattato si addentra in una analisi dei principali aspetti tecnico-giuridici, teorici e pratici, della giurisdizione, intesa ora in un senso più specifico: quello di «jus cognoscendi et statuendi de caussis civilibus», potremmo dire 'l'amministrazione della giustizia'[47]. Gentili si propone di dare una sistemazione chiara e compiuta alla materia. Passa in rassegna le varie forme di giurisdizione, contenziosa e anche volontaria (come nei casi di adozione e tutela); analizza i provvedimenti che possono essere adottati (*missio in bonorum possessionem*, *restitutio*

*amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 19, 1990, pp. 323-504.

[45] L'Autore esprime un sentimento analogo anche là dove parla delle città libere. Cfr. Scipio Gentilis, *De iurisdictione libri III*, cit., lib. III, cap. 22, p. 291: «Sed profecto hae rationes e iure civili praesertim privato petitae in caussis regnorum et populorum non habent multum ponderis, sed factiones, et privilegia potius et foedera, et saepissime jus armorum praevalent ac praepollent». La prassi e gli accordi alla fine contano più del diritto.

[46] *Ibidem*, cit., lib. I, cap. 1, p. 1.

[47] *Ibidem*, pp. 2-3: «Manus enim regia non minus justitia, quam potestate definienda est: sed in primis simplicitate quadam et celeritate in exequendo quod dictum est. Illae, quas subjiciam, significationes ex media scientia civili erunt. Proprie igitur jurisdictio est notio civilium et criminalium caussarum cum statuendi et exequendi potestate, quae verba si quis pro definitione justa acceperit, non repugnabo. Est enim notionis species Ulpiano, *l. notionem ff. de verbor. sign. l. ait praetor ff. e re judic.* Ad criminales etiam caussas pertinere capite sequenti docebo, quamvis usitatius de civilibus caussis dicatur. Illud tenendum in jurisdictione inesse vim exequendi atque imperii ..., sine quo jurisdictio nulla sit». Anche se, come prosegue il discorso, in certe leggi la *iurisdictio* è intesa a volte come la semplice *notio*; talvolta si lega ad un determinato territorio, oppure si identifica con l'editto stesso che la stabilisce, etc. Ma vedi in proposito anche le ulteriori considerazioni su *iurisdictio* e *mixtum imperium*, *ibidem*, lib. I, cap. 3, p. 7.

*in integrum*, ma anche *jurisdictionis denegatio*, e via dicendo), e prosegue con le pene che possono essere inflitte («mulcta, pignoris capio, prehensio et retentio corporis»), non senza mostrare un forte biasimo per l'abuso di *carcer*, *verbera* e *tormenta*: percosse e tortura, in particolare, sono estranee alla *iurisdictio* – commenta Gentili – e mai andrebbero usate dal potere pubblico[48].

Nel libro secondo del *De iurisdictione* l'attenzione si sposta prima sulla figura del magistrato, i suoi diversi gradi e le sue funzioni, e poi sulle questioni giuridiche legate alla delega di giurisdizione. Si colloca qui la polemica sulla definizione di magistrato già ricordata da Luca Mannori nel suo lungo saggio intitolato *Per una preistoria della funzione amministrativa*[49]: una polemica che vede schierato Gentili al fianco di Goveano, Cuiacio e Donello, contro Bodin, nel sostenere che l'*imperium* fa parte della *iurisdictio*, ne è anzi un tratto essenziale, e compete quindi per definizione al magistrato. Il magistrato titolare di *iurisdictio* non può infatti non avere allo stesso tempo quel tanto di *imperium* (o di potere coercitivo) che serve per dar esecuzione ai suoi provvedimenti e garantire effettività alla sua giurisdizione[50].

[48] *Ibidem*, cap. 12 (*De prehensione et retentione corporis*), pp. 29-31, dove si dichiara contro l'inflizione di pene corporali e il carcere per debiti. Il discorso prosegue *ibidem*, cap. 13 (*De vinculis, carcere, de verberibus, et tormentis*), pp. 33-34, ov'egli si schiera contro i giudici impreparati che usano la tortura come strumento di prova e contro l'inflizione in carcere di supplizi come le percosse o le catene, estranee alla *iurisdictio*: «Atque hactenus probo, quod Accursium in *l. 216 de verb. sign.* neminem, qui in carcere continetur, vinciendum esse scribit ... Cur nim magistratus foeneratorum illam saevitiam imitaretur? ... Verbera igitur a jurisdictione aliena sunt, nec praetori, ut qui juridicundo praeesset, jus fuit, nisi forte in servos et peregrinos ... Multo minus tormenta ad jurisdictionem tuendam, vel necessaria sunt, vel adhibenda. Gravissima enim haec atque asperrima coercitio: et civem Romanum nulla de caussa torqueri potuisse constat, de quo in lib. ad *l. Porciam*. Immo nec servos quidem in re pecuniaria ac civili torqueri posse, nisi quum de rebus hereditariis quaeritur ... Liberos vero nec in criminalibus torquendos esse, ut cogantur testimonium dicere, verissimum est: captis tantum pignoribus coerceri possunt, ut tradit Felin. in cap. I de testib. cog. n. 8. Et Albericus Rosatus in tractatu». Cfr. in proposito anche *ibidem*, lib. III, cap. 7, p. 253.

[49] L. Mannori, *Per una preistoria della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 19, 1990, pp. 323-504, in particolare pp. 398 ss.

[50] Scipio Gentilis, *De iurisdictione libri III*, cit., lib. II, cap. 2 (*Quid sit magistratus*), pp. 129-132: p. 129: «magistratus aliter definiet Jurisconsultus, aliter Politicus. Politices pars est jurisprudentia. Quare magistratum definiet Politicus scilicet accuratius, et pro amplitudine scientiae suae, Jurisconsultus itidem pro modo disciplinae suae. Tria sunt, quae idem Aristoteles lib. 4. Politicorum magistratui tamquam propria attribuit, imperare,

Il panorama delle citazioni è limitato all'indispensabile, e dà visibilmente conto della formazione umanistica dell'autore. Oltre ad Omero, Aristotele, Cicerone, Livio, Seneca, Tacito, è usato ampiamente il diritto romano: non solo Ulpiano e i luoghi del *Corpus iuris civilis* coinvolti, ma anche i giuristi pregiustinianei e il *Codice Ermogeniano*. Per il resto, il quadro delle fonti è in prevalenza contemporaneo: sono molto utilizzati Cuiacio, Donello, Hotman e Goveano, ma anche Budé, Duareno, Giason del Maino, Matteo d'Afflitto, Menochio e altri. Quanto alla dottrina medievale, è richiamato di frequente Accursio, spesso in modo adesivo; man mano che ci si addentra nella trattazione, però, si infittiscono anche i richiami a Bartolo e Baldo, e cominciano a comparire Oldrado da Ponte, Azzone, Andrea d'Isernia, Cino da Pistoia, Johannes Faber, Alberico da Rosciate, Fulgosio, Nicolò Belloni, e, fra i canonisti, l'Ostiense e il Panormitano, insieme ad Averroé.

Il panorama delle fonti si arricchisce notevolmente nel terzo libro del *De iurisdictione*, che giunge a toccare temi d'interesse giuspolitico attuale. Entrano in campo la questione dei rapporti fra potere spirituale e potere politico, la giurisdizione dei ceti imperiali e delle città, e, in generale, il problema dell'esercizio di quella giurisdizione in senso ampio che viene a coincidere ormai con la moderna sovranità. Lo stesso termine *iurisdictio* è accantonato, sostituito per lo più da quello di *merum imperium*, che indica qui, nella sostanza, la potestà legislativa. Come osserva lo stesso Gentili: «judicare non est imperii: jus dicere est imperii»[51]. Al centro del discorso, dunque, non è più il potere di giudicare, ma quello di *ius dicere*, nel senso di legiferare.

In quest'ultima parte dell'opera, se da un lato aumentano i richiami alla canonistica e alla feudistica, dall'altro lato si moltiplicano anche i riferimenti al diritto imperiale: alle costituzioni degli imperatori del Sacro Romano Impero (da Carlo Magno fino a Carlo V), ma anche alle *Gesta di Federico I* narrate dal poeta Ligurinus[52] e di Ottone da Frisinga[53], alle

consulere, judicare. Ex his velut in partibus Jurisconsultus in definiendo magistratu, deligit illam unam, quae ad judicia pertinet. Sed quia jurisdictio sine imperio ridicula, et nullius momenti est, ... addet etiam imperium, quod ad jurisdictionem exequendam et tuendam necessarium est».

[51] *Ibidem*, lib. I, cap. 28 (*Jus dicere, Judicare, Judicem dare*), pp. 82-84, qui p. 83.

[52] Cfr. ad esempio *ibidem*, lib. III, cap. 2 (*Merum imperium, jus gladii, securis, alia*), p. 239.

[53] Cfr. ad esempio *ibidem*, lib. III, cap. 16, p. 275, in un capitolo interamente dedicato a Carlo Magno.

vicende storiche dell'impero esposte dal diplomatico Albert Krantz[54], alle *Practicae observationes* di Andreas von Gail, da cui sono tratte molte notizie sulla prassi del tribunale camerale imperiale (*Reichskammergericht*). Gentili quindi conosce e utilizza il diritto imperiale tedesco, anche se lo fa con una maggiore parsimonia rispetto ad altri trattatisti del tempo. Si direbbe che egli cerchi di mantenere un equilibrio costante fra le diverse tradizioni giuridiche che confluiscono nella sua opera (tradizione tedesca, italiana, francese e olandese), per raggiungere una visione complessiva dei vari argomenti.

Si trovano nel terzo libro anche le belle pagine dedicate alle città libere, che resteranno un punto di riferimento nella pubblicistica tedesca: le ricorderanno con onore ad esempio Althusius[55], Besold e molti altri[56]. In quelle pagine risuona l'eco di una nostalgia ardente di Scipione Gentili per quell'età comunale italiana nella quale i comuni prosperavano liberi, reggendosi come repubbliche, titolari di una *iurisdictio* pari a quella che ha l'imperatore nel suo impero[57]. Il discorso prosegue in un vivace confronto fra i comuni italiani e le città libere o imperiali tedesche: un

[54] Cfr. ad esempio *ibidem*, lib. III, cap. 2, p. 239, e cap. 4, p. 246.

[55] Cfr. JOHANNIS ALTHUSII U.J.D. *Politica methodice digesta atque exemplis sacris et profanis illustrata; cui in fine adjuncta est oratio panegyrica, De necessitate, utilitate et antiquitate scholarum. Editio tertia, duabus prioribus multo auctior*, Herbornae Nassoviorum, Ex officina Christophori Corvini, 1614, cap. 6, p. 83.

[56] CHRISTOPHORI BESOLDI *Dissertatio iuridico-politica V. De iure universitatum*, cap. 5, pp. 229-230, il quale cita ripetutamente Scipione Gentili a proposito dei termini *urbs*, *oppidum*, etc. Besold è tra le altre cose anch'egli autore di un trattato *De iurisdictione* (Tübingen 1616); cfr. in proposito M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania*, cit., p. 152.

[57] Cfr. SCIPIO GENTILIS, *De iurisdictione libri III*, cit., lib. III, cap. 22 (*De civitatibus liberis*), pp. 290-291: «Illa sententia Doctorum in primis notanda est de civitatibus Italiae sive Rebuspublicis, quales olim plurimae fuerunt, nunc paucissimae sunt, eas tantum posse in suo populo ac territorio, quantum Imperator in suo imperio: neque aliter de tali civitate, quam de ipso principe et Caesare judicandum esse: auctor ejus sententiae Bartolus in *l. infamem ff. de publ. judic.* quae ceteri vulgo sequuntur, quos refert eruditissimus Andreas Geil. lib. 2 observat. 57. ubi idem de liberis Germaniae civitatibus videtur, adfirmat. Et sane quum aliis maximis et amplissimis privilegiis ab Imperatoribus sunt donatae, tum hoc, de quo loquimur, jure gladii: quod per vexillum, vel chirothecam, aliamve similem investituram conferri consuevit: ut mihi quidem jure videantur cum Rebuspublicis Italicis comparari. Quod et gravissimus prudentissimusque historicus Franciscus Guicciardinus significat libr. 7 historiar. 2 ubi sic liberas Germaniae civitates describit, Recognoscere eas quidem certis et definitis quibusdam pensionibus auctoritatem Imperii: ceterum ipsas suis fere moribus ac Magistratibus gubernari: neque tam studere territorio amplificando, quam libertati suae conservandae».

confronto nel quale sono coinvolti in modo armonico giuristi, storici, poeti e letterati, da Bartolo e il Panormitano a Guicciardini e Matteo Bruni, Zasio e Andreas von Gail. L'interesse al confronto della tradizione germanica con quella italiana caratterizza del resto l'opera intera.

Per concludere con qualche considerazione su questo complesso quanto interessante trattato di Scipione Gentili, alla luce anche degli altri trattati *de iurisdictione* di quel torno d'anni – in particolare quelli di altri giuristi protestanti come Treutler, Vultejus, Paurmeister e Lampadius[58]–, quest'opera presenta senza dubbio alcune peculiarità. Anzitutto, manca qui la forte carica di ostilità verso il Pontefice romano e verso il diritto canonico che è presente invece in quelle opere coeve[59]. Vero è che Gentili si mostra rigoroso nel riconoscere alla Chiesa un potere limitato, in senso stretto, alle questioni di religione e di fede[60]; al punto che egli contesta vibratamente l'*Autentica Statuimus* di Federico II, con cui l'imperatore riconobbe ufficialmente alla Chiesa il diritto di giudicare le cause in cui

[58] Cfr. M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania*, cit., pp. 170-184, e Ch. STROHM, *Calvinismus und Recht*, cit., pp. 340-367.

[59] Scrive di lui G. SALVI, *Scipione Gentili*, in «La incoronazione della Vergine della Misericordia. Periodico mensile religioso, letterario, storico», 5, 1908, 9, p. 313: «Era pur pratico, e ben dentro della teologia e della conoscenza delle Scritture divine: interpretò più Salmi, commentò varie lettere di s. Paolo. Più mite del padre tenne contegnoso rispetto al romano Pontefice, nulla pose di contrario alla dottrina dei cattolici nelle sue opere, eccetto alcune espressioni giudicate poco ortodosse dalla Congregazione dell'Indice col *donec corrigantur* nei tre libri *de jurisdictione*. Se non fu pretto cattolico Scipione, lo fu più del suo Padre e del suo fratello, e più di ognuno aveva per suo convincimento ritenuto la dottrina religiosa, insegnatagli da sua madre, che lo amò a preferenza». La sede in cui apparve questo scritto può forse aver indotto il Salvi a qualche parzialità. Al di là di questo, Scipione Gentili, che non fece mai una espressa dichiarazione di fede religiosa, appartenne comunque sempre, con una certa evidenza, all'ambiente culturale dei riformati di orientamento calvinista. Basti menzionare i fraterni legami con François Hotmann prima e poi con Ugo Donello, e, in seguito, con il circolo degli umanisti boemi immatricolati ad Altdorf: del coordinatore di questi, Cesare Calandrini (un lucchese esule a Norimberga, commerciante e attivo membro del calvinismo internazionale), Scipione Gentili sposò nel 1612 la figlia Maddalena. L'unica fonte biografica che si sbilanci in un giudizio sul punto, ad ogni modo, è la voce *Gentilis Scipio*, in J.S. ERSCH - J.G. GRUBER (edd), *Allgemeine Encyclopädie der Wissenschaften und Künste*, LVIII, Leipzig 1818, p. 293, in cui si legge: «Daß er dabei auch den Zeitfragen, die sich damals zunächst um theologische Gegenstände drehten, nicht fremd blieb, und ebenso wie andere Juristen jener Zeit, insbesondere auch sein älterer Bruder, in theologischen Schriften sich versuchte, wird nach dem Charakter jener Zeit nicht befremden; er war selbst von tiefem, religiösem Gemüth, neigte sich übrigens mehr zu der Lehre Calvin's, als zu der Lutherischen».

[60] Cfr. SCIPIO GENTILIS, *De iurisdictione libri III*, cit., lib. III, capp. 14 e 15, pp. 267-271.

fossero coinvolti ecclesiastici[61]. Questo giudizio negativo non coinvolge ad ogni modo il diritto canonico e la canonistica, da Gentili non solo conosciuti e largamente utilizzati, ma – potremmo dire – espressamente legittimati con una trattazione specifica, al capitolo 29 del libro terzo, del caso della *iurisdictio mandata de iure Canonico sive Pontificio*[62]. E, in effetti, il contributo di Gentili ad una più ampia considerazione del diritto canonico è uno dei meriti che la stessa pubblicistica protestante in seguito gli riconoscerà.

In termini ancor più generali, mi pare tuttavia che il tratto distintivo del *De iurisdictione* si possa rinvenire proprio nella sua apertura a molte tradizioni diverse; tradizioni non sempre omogenee, che Gentili tuttavia accosta e compara, caso per caso, con intelligenza e con metodo umanistico, calandole nel loro contesto storico. È evidente in particolare un vivo interesse per la cultura italiana, giuridica e letteraria, che Scipione Gentili continuò appassionatamente a coltivare anche nel suo volontario esilio, contribuendo a veicolare anche questo patrimonio nel mondo germanico[63]. E tutto ciò in un momento decisivo: quello in cui il diritto pubblico veniva costruendosi come scienza. In questo senso, egli si colloca in un punto d'intersezione fra le due culture, che definirei ideale per guardare alla nascita del diritto pubblico moderno in una dimensione non solo italiana o tedesca, ma autenticamente europea.

[61] *Ibidem*, cap. 15, p. 269.

[62] *Ibidem*, cap. 29, pp. 405-407.

[63] Basti ricordare la sua traduzione in esametri latini dei primi due libri della *Gerusalemme liberata* del Tasso, pubblicata sotto il titolo *Solymeidos libri duo priores de Torquati Tassi Italicis expressi* in prima edizione a Londra nel 1584 e immediatamente ristampata, nel 1585, a Venezia con un'introduzione elogiativa di Aldo Manuzio.

*Résumé*

DAS ÖFFENTLICHE RECHT UND DIE ERNEUERUNG DER LEHRTRADITION. SCIPIO GENTILIS «DE IURISDICTIONE» (1601)

Die am Übergang vom 16. zum 17. Jahrhundert in Europa aufkommende Debatte um die Gerichtsbarkeit ist eine wichtige Etappe auf dem Weg zur Konstruktion des modernen öffentlichen Rechts. Obwohl sie im Verhältnis zur unter anderem von Ullmann, Calasso und Costa untersuchten öffentlich gemeinrechtlichen Tradition keine Zäsur setzt, waren – so das Urteil der jüngsten Literatur zum modernen öffentlichen Recht (Stolleis, Hammerstein, Friedrich, Wyduckel und Strohm, um nur einige Namen zu nennen) – sowohl das Wiederaufflammen der Debatte um die *iurisdictio* als auch der entscheidende Anstoß zur Konstruktion einer Wissenschaft des öffentlichen Rechts zwischen dem 16. und 17. Jahrhundert ein überwiegend 'deutsches' und 'protestantisches' Prärogativ. Das öffentliche Recht begann seinen Siegeszug als eigenständige, mit einer gewissen Regelmäßigkeit angebotene Lehrveranstaltung an einigen deutschen juristischen Fakultäten lutherischer Ausrichtung (wie Altdorf, Jena, Straßburg und Gießen); an die katholischen Universitäten des Reichs kam es eindeutig später: in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts, und nach Italien sogar erst in der zweiten.

Zu den im Reich aktiven Juristen, die – meist reformierte Humanisten – Autoren der ersten geschlossenen Abhandlungen über die *iurisdictio* waren, gehört auch Scipio Gentili (Castello di San Ginesio, Macerata, 1563 - Altdorf, 1616), ein italienischstämmiger Jurist, der in Deutschland seine Wahlheimat gefunden hatte. Er war als Junge zusammen mit seinem Vater und seinem Bruder, dem bekannten Juristen Alberico Gentili, aus religiösen Gründen aus Italien geflohen und zum Studium in Deutschland geblieben, wo er eine akademische Laufbahn einschlug. Er war Schüler von Hugo Donellus und wurde gegen dessen Lebensende sein enger Mitarbeiter (die posthume Ausgabe des Großteils von Donellu's *Commentari de iure civili* stammt von ihm). Scipione Gentili lehrte lange und erfolgreich an der Hohen Schule von Altdorf (1590-1616): einer damals neugegründeten Universität, die aber schnell zum Sammelbecken der wichtigsten kulturellen und juristischen Traditionen Europas geworden war und bald eine zentrale Rolle bei der Entwicklung des öffentlichen Rechts in Deutschland spielen sollte (ab 1600 hielt in Altdorf Arnold Clapmar anscheinend als erster Verlesungen über das *ius publicum*).

In diesem kulturellen Kontext entwickelte auch Scipio Gentili früh großes Interesse an Argumenten staatsrechtlicher Natur und widmete ihnen einige

der interessantesten Schriften seiner außerordentlich fruchtbaren wissenschaftlichen Produktion (sie bestand zu einem Großteil aus Abhandlungen zum Privatrecht, enthielt aber auch poetische, philologische und theologische Schriften). Der vorliegende Beitrag wirft einen einführenden Blick auf Scipio Gentilis wichtigste staatsrechtlichen Werke: von den *Disputationes illustres, sive de jure publico populi Romani* (Norimbergae 1598) über *De conjurationibus libri duo* (Francofurti 1600) bis hin zu der *Oratio de Lege regia* (Norimbergae 1600). Es folgt eine Analyse seines staatsrechtlichen Hauptwerks: *De iurisdictione*, eine breitgefächerte Abhandlung in drei Bänden, die 1601 in Frankfurt gedruckt wurde; gewidmet ist sie dem Kurfürsten Friedrich IV. von der Pfalz. Hauptgegenstand der Untersuchung ist Scipio Gentilis breitgefächerte und artikulierte Behandlung des Begriffs *iurisdictio* und dessen filigrane Verflechtungen; und geführt wurde diese Untersuchung vom Autor gewollt im Lichte der mittelalterlichen Rechtslehre und der jüngsten zeitgenössischen Entwicklungen. Dieser Leitfaden durchzieht das gesamte Werk und tritt auch im 2. Buch deutlich hervor, das der Figur des Magistraten gewidmet ist; dort entfacht Gentili seine Polemik gegen Bodin um die Notwendigkeit, der *iurisdictio* das *imperium* zuzuerkennen, oder besser der Rechtsprechung Effektivität zu garantieren. Der argumentative Rahmen und das Panorama der Quellen werden im 3. Buch von *De iurisdictione* angereichert, wo es um Themen von aktuellem rechtspolitischem Interesse geht. Hier taucht die Frage nach den Beziehungen von geistlicher und politischer Macht auf, nach der Rechtsprechung der Reichsstände und der Städte, und, allgemein, das Problem der Ausübung jener Rechtsprechung im weiteren Sinne, die bereits mit dem modernen Herrschaftsverständnis übereinstimmt. Der Ausdruck *iurisdictio* selbst wird beiseitegelegt und langsam vom Ausdruck *merum imperium* ersetzt, der hier in der Substanz für die legislative Gewalt steht.

Das 3. Buch enthält auch die eingehende Behandlung der freien Städte, die ein Fixpunkt in der deutschen Publizistik (so etwa für Althusius und Besold) bleiben sollte. Aus diesen Seiten spricht die starke Nostalgie Scipio Gentilis für jenes kommunale Zeitalter in Italien, in dem die Kommunen frei gedeihen und sich – als Inhaber einer *iurisdictio*, die jener des Kaisers in seinem Reich gleich kam – wie Republiken regieren konnten. Die Abhandlung führt weiter zu einer lebhaften Gegenüberstellung der italienischen Kommunen und den freien oder Reichsstädten in Deutschland: diese Gegenüberstellung bezieht harmonisch Juristen, Historiker, Dichter und Gelehrte mit ein, von Bartolus de Saxoferrato und Niccolò de' Tudeschi (Panormitanus) bis Guicciardini und Matteo

Bruni, Zasius und Andreas von Gail. In diesem letzten Teil des Werks nehmen einerseits die Verweise auf die Kanonistik und Feudistik zu und andererseits auch die Hinweise auf das Reichsrecht (die Konstitutionen der Kaiser des Heiligen Römischen Reichs von Karl dem Großen bis Karl V., die *Gesta Friderici imperatoris* erzählt von Ligurinus und Otto von Freising, die historischen Ereignissen des Reichs dargestellt von dem Diplomaten Albert Krantz und die *Practicae observationes* von Andreas von Gail). Das Interesse an einer Gegenüberstellung der deutschen und italienischen Traditionen durchzieht das gesamte Werk. Augenfällig ist daran das besonders lebendige Interesse an der italienischen Rechtskultur und Literatur, die Scipio Gentili auch in seinem freiwilligen Exil intensiv verfolgte und zu deren Verbreitung im deutschen Sprachraum er beitrug. Und all dies geschah zu einem ausschlaggebenden Zeitpunkt: nämlich als sich das öffentliche Recht zur Wissenschaft mauserte. In diesem Sinn steht Scipio Gentili an der Schnittstelle der beiden Kulturen, und das ist ein idealer Standort, um die Geburt des öffentlichen Rechts in einer nicht nur italienischen oder deutschen sondern einer authentisch europäischen Dimension zu betrachten.

*Übersetzung von Friederike Oursin*



# Die Bedeutung der «guten Policey» und vormodernen Ordnungsgesetzgebung für die Ausformung des öffentlichen Rechts im späten Mittelalter und in der Frühen Neuzeit

von *Karl Härter*

## 1. *Einleitung*

Am Ausgang der Frühen Neuzeit schien die wissenschaftliche Zuordnung der *guten Policey* und der zahllosen Ordnungsgesetze, die sie seit dem späten Mittelalter hervorgebracht hatte und gleichzeitig ihre wesentliche materielle Substanz ausmachten, unsicherer und umstrittener denn je. Policeywissenschaftler wie etwa Günther Heinrich von Berg in seinem umfassenden *Handbuch des Teutschen Policeyrechts* traten für die Qualifizierung als Policeyrecht im Rahmen des öffentlichen Rechts ein und begründeten dies insbesondere historisch mit dem Verweis auf die zentrale Bedeutung der Policeygesetze für die normative Reglementierung der Gesellschaft, der Verwaltung und des öffentlichen Raums durch die Obrigkeit bzw. den Staat[1]. Ebenso hatte der Jurist Johann Heumann 1754 die Auffassung vertreten, dass die Policeygesetze als *leges publicae* ein eigenes Policeyrecht bilden würden, weil sie den gesamten Staat (*reipublicae*) zum Ziel hätten und nicht auf die Verhältnisse der Bürger untereinander gerichtet seien, mithin also zum öffentlichen Recht gehörten[2]. Dagegen rechneten Pütter und zunächst auch Justi die Policeynormen zum Privatrecht, was der vorherrschenden Auffassung entsprach[3]. Denn Heumanns Versuch, Mitte

[1] G.H. von Berg, *Handbuch des Teutschen Policeyrechts*, 7 Tle., Hannover 1802-1809, insbesondere Tl. 4, S. 1-7. Vgl. umfassend zur Policeywissenschaft im Rahmen des öffentlichen Rechts M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 1: *Reichspublizistik und Policeywissenschaft 1600-1800*, München 1988, S. 334-393.

[2] J.H. von Teutschenbrunn, *Commentatio de fontibus et oeconomia legum civilium*, Altdorf 1754, S. 39. Vgl. J.C. Pauly, *Die Entstehung des Polizeirechts als wissenschaftliche Disziplin. Ein Beitrag zur Wissenschaftsgeschichte des öffentlichen Rechts*, Frankfurt a.M. 2000, hier S. 38-40.

[3] J.C. Pauly, *Entstehung des Polizeirechts*, S. 40.

des 18. Jahrhunderts im Rahmen der Rechtswissenschaft ein systematisches Policeyrecht zu konstruieren, das auch an den Universitäten gelehrt werden sollte, konnte sich an den juristischen Fakultäten nicht etablieren und blieb umstritten[4]. Viele Juristen lehnten darüber hinaus sowohl ein eigenständiges Policeyrecht – das nicht gleichberechtigt neben dem Privat- und Kriminalrecht stehen könne – als auch eine Zuordnung zur Rechtswissenschaft generell ab. So unterstrich z.B. Rotteck, dass die Policeynormen, bzw. «die Sammlung der noch geltenden Polizeiverordnungen» «kein Theil des eigentlichen Rechts, sondern eine Rubrik des politischen Gesezes» bilde. Er konzedierte aber immerhin, dass es «in seiner vorherrschenden Eigenschaft gleichfalls öffentliches Recht ist, mithin keinen Gegensatz» zu diesem bilden würde[5].

Die Kontroverse über den Rechtscharakter der guten Policey und ihrer vielgestaltigen Normen reicht bis heute und hat die Rechtshistoriker mehrfach beschäftigt, wobei (wenig überzeugend) der Privatrechtscharakter betont[6] oder die Frage nach der Justiziabilität der Policeygesetze und das Verhältnis von «Justizsachen und Polizeisachen» diskutiert wurde[7]. Von einem Ansatz, der sich stärker der allgemeinen Geschichtswissenschaft und ihrer Methodik verpflichtet fühlt und einen historisch offenen Rechts- und Gesetzesbegriff zugrunde legt, kann die gute Policey «als das zentrale Feld staatlicher Herrschaftsausübung» bei der Behandlung der Geschichte des öffentlichen Rechts kaum übergangen werden, wie insbesondere Michael Stolleis gezeigt hat[8]. Fasst man unter letzterem die normativen Grundlagen der sich entwickelnden Staatlichkeit bzw. eines analogen auf das Gemeinwesen bezogenen Bereichs, worunter folglich insbesondere rechtliche Regeln und Gesetze fallen, die ein Gemeinwesen konstituieren und darin

[4] J.H. von Teutschenbrunn, *Initia juris politiae Germanorum*, Nürnberg 1757. Vgl. M. Stolleis, *Reichspublizistik und Policeywissenschaft*, S. 386-393; J.C. Pauly, *Entstehung des Polizeirechts*.

[5] C. von Rotteck, *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*, Bd. 3: *Lehrbuch der Materiellen Politik*, Stuttgart 1834-1940, S. 284.

[6] G.K. Schmelzeisen, *Polizeiordnungen und Privatrecht*, Münster - Köln 1955.

[7] K. Kroeschell, *Justizsachen und Polizeisachen*, in ders. (Hrsg.), *Gerichtslauben-Vorträge. Freiburger Festkolloquium zum fünfundsiebzigsten Geburtstag von Hans Thieme*, Sigmaringen 1983, S. 57-72; P. Preu, *Polizeibegriff und Staatszwecklehre. Die Entwicklung des Polizeibegriffs durch die Rechts- und Staatswissenschaften des 18. Jahrhunderts*, Göttingen 1983; G. Dilcher - B. Diestelkamp (Hrsg.), *Recht, Gericht, Genossenschaft und Policey. Studien zu Grundbegriffen der germanistischen Rechtshistorie. Symposion für Adalbert Erler*, Berlin 1986.

[8] M. Stolleis, *Reichspublizistik und Policeywissenschaft*, S. 337.

die Beziehungen zwischen Inhabern von Herrschaftsrechten und Mitgliedern mit einer gewissen Dauerhaftigkeit normieren, lässt sich gerade anhand der guten Policey nach den Anfängen des öffentlichen Rechts im Übergang vom Spätmittelalter zur Frühen Neuzeit und den daraus weiterführenden Linien fragen[9]. Schließlich umfasste das sich seit dem 14. Jahrhundert in Europa allmählich etablierende Ordnungsmodell der *guten Policey* die innere Ordnung eines Gemeinwesens (Land/Staat, Stadt, Korporation) und bezeichnete die damit verknüpften allgemeinen Ordnungs- und Steuerungsziele, die entsprechenden Normen bzw. Policeygesetze und eine darauf bezogene Regierungs- und Verwaltungstätigkeit[10]. Die der *guten Policey* zuzurechnende Ordnungsgesetzgebung lässt sich freilich nur mit einem historischen Rechts- und Gesetzesmodell beschreiben, das die gesamte Bandbreite der obrigkeitlich gesetzten oder vereinbarten und mit allgemeinem Geltungsanspruch versehenen Rechts- bzw. Gesetzesnormen einbezieht, welche das Beziehungsgeflecht zwischen Obrigkeit/Herrschaft, Verwaltung und Mitgliedern eines Gemeinwesen betrafen[11]. Gerade im Hinblick auf die Steuerung eines Gemeinwesens und der normativen Grundlagen obrigkeitlicher Herrschaftspraxis und Verwaltung wird der Policeygesetzgebung eine – wie auch immer geartete und im Folgenden näher zu untersuchende – Rolle im Hinblick auf Entstehung, Ausdifferenzierung und Wachstum des öffentlichen Rechts zuerkannt.

Freilich spielte die wissenschaftliche Bearbeitung durch die Jurisprudenz zunächst kaum eine Rolle für die Entwicklung der guten Policey, auch wenn es kaum bestritten werden kann, dass gerade in der Vormoderne Gesetzgebung und Wissenschaft eng miteinander verknüpft waren und einen gemeinsamen Ordnungsdiskurs konstituierten. Öffentliches Recht

[9] G. DILCHER - D. QUAGLIONI (Hrsg.), *Die Anfänge des öffentlichen Rechts*, Bd. 2: *Von Friedrich Barbarossa zu Friedrich II.*, Bologna - Berlin 2008, S. 11 f.; M. STOLLEIS, *Reichspublizistik und Policeywissenschaft*, S. 43.

[10] Neuere Überblicke zur Policey bzw. Policeygesetzgebung A. ISELI, *Gute Policey. Öffentliche Ordnung in der Frühen Neuzeit*, Stuttgart 2009; K. HÄRTER, Art. *Polizei*, in F. JAEGER, *Enzyklopädie der Neuzeit*, Bd. 10, Sp. 170-180.

[11] Vgl. zur Diskussion um den vormodernen Gesetzesbegriff R. SCHULZE, *Geschichte der neueren vorkonstitutionellen Gesetzgebung. Zu Forschungsstand und Methodenfragen eines rechtshistorischen Arbeitsgebietes*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte/ Germanistische Abteilung» (künftig «ZRG/GA»), 98, 1981, S. 157-235; D. WILLOWEIT, *Gesetzgebung und Recht im Übergang vom Spätmittelalter zum frühneuzeitlichen Obrigkeitsstaat*, in O. BEHRENDS - C. LINK (Hrsg.), *Zum römischen und neuzeitlichen Gesetzesbegriff*, S. 123 ff.; B. DIESTELKAMP, *Einige Beobachtungen zur Geschichte des Gesetzes in vorkonstitutioneller Zeit*, in «Zeitschrift für Historische Forschung» (künftig «ZHF»), 10, 1983, S. 385-420.

als Wissenschaftsdisziplin mit universitärer Verankerung existierte jedoch im Heiligen Römischen Reich deutscher Nation in der entscheidenden Inkubationszeit der *guten Policey* – dem 15. und 16. Jahrhundert – noch nicht, und nach seiner Etablierung und Ausdifferenzierung im Laufe des 17. Jahrhunderts wandte es sich zunächst dem *ius publicum imperii* und anderen Themen zu. Mit der *guten Policey* beschäftigten sich überwiegend Autoren aus dem Bereich der praktischen Philosophie und (aristotelischen) Politik sowie die sich im 18. Jahrhundert etablierende Policeywissenschaft, wobei der Schwerpunkt weniger auf «rechtlichen» Problemen als auf der Regierungs- und Verwaltungspraxis, den Ordnungsleitbildern und Steuerungsfunktionen einer *guten Policey* sowie einer systematischen Erfassung der vielgestaltigen Policeynormen und Ordnungsgesetze lag[12]. Der Beitrag der *guten Policey* zu den Anfängen des öffentlichen Rechts lässt sich folglich kaum anhand der juristischen und ökonomisch-kameralistischen Diskurse oder des Staatsdenkens nachvollziehen, denn diese spielten im Vergleich zur Entwicklung auf der Ebene der gesetzten Normen zunächst eine sekundäre Rolle. Im Folgenden wird daher kein wissenschaftsgeschichtlicher Zugang gewählt, sondern der Schwerpunkt liegt ganz auf den Policeynormen und der Ordnungsgesetzgebung, die in funktionaler Hinsicht ohne Zweifel Beziehungen und Materien des öffentlichen Rechts zum Gegenstand hatten.

## 2. *Ordnungsnormen der spätmittelalterlichen Stadt*

Den öffentlich-rechtlichen Zusammenhang zwischen guter Policey, Gesetzgebung, Verwaltung und Regierung stellten obrigkeitliche Ordnungsgesetze seit der zweiten Hälfte des 15. Jahrhundert her. In einem Privileg von 1464 gewährte der Kaiser der Stadt Nürnberg das Recht, «pollitzey und regirung … in allen Sachen ordnen, setzen und fürnemen» zu dürfen[13]. Policey und die damit verbundene Normgebung bzw. Rechtssetzung fiel folglich auch in die Kompetenz städtischer Obrigkeiten, die beispielsweise das Wormser Stadtrecht von 1531 hervorhebt, das den Titel führt: *Satzung,*

[12] H. MAIER, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre*, Neuwied - Berlin 1966; M. STOLLEIS, *Reichspublizistik und Policeywissenschaft*; T. SIMON, *«Gute Policey». Ordnungsleitbilder und Zielvorstellungen politischen Handelns in der frühen Neuzeit*, Frankfurt a.M. 2004.

[13] Kaiserliches Privileg vom 26.7.1464, hier zitiert nach F.-L. KNEMEYER, Art. *Polizei*, in O. BRUNNER - W. CONZE - R. KOSELLECK (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Bd. 4, S. 875-897, hier S. 878; vgl. auch J. BAADER, *Nürnberger Polizeiordnungen aus dem XIII. bis XV. Jahrhundert*, Stuttgart 1861, S. 48.

*Statuten und Ordnungen beständiger gutter Regierung: Einer billichen, ordentlichen Policei in jeden Rechten gegründtes Ebenbild.* Bereits 1498 hatte der Wormser Stadtrat zur Förderung und Mehrung des «Gemeins Nutzens ... dise hienach geschriben unser stat recht, gesetz, ordenung, statuta, Policy, alt herkommen und gut gewohnheiten, ernuwert und reformiret», und Kaiser Maximilian bestätigte 1505 der Stadt ausdrücklich, «die Reformacion irer Stattrechten, Statuten, Ordenungen, Policey, darzu guten Gewohnheiten und alt Herkommen» selbst vornehmen zu dürfen[14]. Dagegen hob der Bischof von Würzburg 1490 in einer von ihm erlassenen Kleiderordnung seine Zuständigkeit als Landes- und Stadtherr in Policeysachen hervor, denn ihm komme «auß furstlichem wesen und tugenden ... uff pollicey und wesenlichkeyt unser stat Wurtzpurg ein vleissigs aufsehen» zu[15]. Auch der Mainzer Kurfürst Berthold von Henneberg verlangte 1488 in seiner Stadtordnung für Bingen, dass die Bürger «Regiment Pollocey vnd bestellung ... getrewelich vnd onverbrochlich» einhalten müssten, und wer gegen «solch gesetze vnd ordenung» verstoße, sollte «on alle gnade gestraft werden»[16]. Das 1516 publizierte *Buech der gemeinen Landpot, Landsordnung, Satzung und Gebreuch des Fürstenthumbs in Obern- und Nidern-Bairn*, gliederte sich in vier Teile: «etliche nützliche Landpot vnd Ordnung / zue hanndthabung des heiligen Reychs vnd gemainen Landfridens», «Gesatz vnd Ordnung/ ettlicher Recht/gewohnheit / vnd gepreiich», «ettlich sittlich Ordnung vnd Lanndpot» sowie «die Landpot vnd ordnung/ so zu guetter pollicei auch aufnemen vnd vnnderhalltung Lannd vnnd Luiit in gemain vnnd sonder dinstlich sind», und vereinte damit Reichsrecht, traditionelles Gewohnheitsrecht und vom Fürst gesetzte Ordnungen, die nicht nur unter dem Policeybegriff firmieren, sondern wesentliche Bereiche der inneren Ordnung und Verwaltung der Fürstentümer regelten[17].

[14] *Satzung, Statuten und Ordnungen beständiger gutter Regierung: Einer billichen, ordentlichen Policei in jeden Rechten gegründtes Ebenbild. Weilant des H. Reichs Statt Worms fürgenommen. Jetz new restituirt*, Franckfurt a.M. 1531; F. Beyerle (Hrsg.), gemeinsam bearb. mit W. Kunkel - H. Thieme, *Quellen zur Neueren Privatsrechtsgeschichte Deutschlands*, Bd. 1/1: *Stadtrechtsreformationen*, Bd. 1/2: *Landrechte*, Weimar 1936 und 1938, hier Bd. 1/1, S. 97.

[15] H. Hoffmann (Hrsg.), *Würzburger Polizeisätze, Gebote und Ordnungen des Mittelalters 1125-1495*, Würzburg 1955, S. 202 f.

[16] Hessisches Staatsarchiv Darmstadt, *A2 Urkunden Bingen* 308; vgl. K. Härter, *Policey und Strafjustiz in Kurmainz. Gesetzgebung, Normdurchsetzung und Sozialkontrolle im frühneuzeitlichen Territorialstaat*, Frankfurt a.M. 2005, S. 129 f.

[17] *Das buech der gemeinen landpot* LANDSORDNÜNG *Satzüng und Gebreüch des fürstemthumbs in Obern und Nidern Bairn. Im fünftzehnhundert und Sechtzehendem Jar aufgericht, 1516*; *Die Landesordnung von 1516/1520: Landesherrliche Gesetzgebung im Herzogtum Bayern*

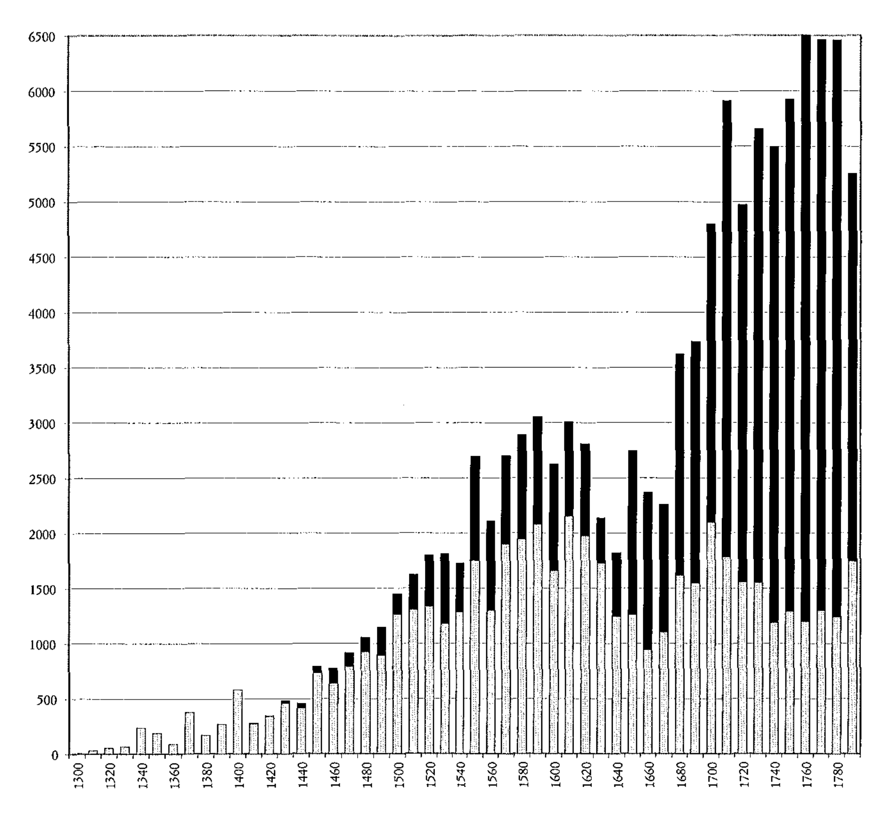
Damit lassen sich bereits in spätmittelalterlichen Ordnungen, Gesetzen, Stadtrechten und Landesordnungen zentrale Elemente aufzeigen, welche die Bedeutung der guten Policey für das öffentliche Recht unterstreichen: Regiment/Regierung und eine darauf bezogene Verwaltungstätigkeit; Normsetzung- bzw. Gesetzgebungskompetenzen, die unterschiedlichen Inhabern von Herrschaftsrechten/Obrigkeiten (Kaiser, Landesherren, Städte) zukommen; eine enge Verbindung zu anderen normativen (Rechts-) Texten wie insbesondere dem städtischen Statutarrecht oder den territorialen Landrechtsordnungen sowie auf einen öffentlichen (gesellschaftlichen/ sozialen/politischen) Raum bezogene Begründungen und Zielvorstellungen. Die zitierten Policeyordnungen gehören zu einer seit dem späten Mittelalter nahezu kontinuierlich wachsenden Normenmasse an obrigkeitlichen Geboten, die sich als Ordnungsgesetze qualifizieren und dem weiten Bereich der *guten Policey* bzw. der Policeygesetzgebung zuordnen lassen[18]. Eine quantitative Analyse der Ordnungsgesetzgebung ausgewählter mitteleuropäischer Obrigkeiten zeigt die seit dem späten Mittelalter zunehmende Bedeutung obrigkeitlicher Policeynormen im Hinblick auf Regulierung und Reglementierung von Gesellschaft und Wirtschaft bzw. des öffentlichen Raums und der Verwaltungstätigkeit und lässt darüber hinaus Entwicklungslinien zwischen städtischer, territorialer und Reichsgesetzgebung erkennbar werden, die sich an der folgenden Graphik ablesen lassen[19].

*in der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts*, bearb. von M.R. FRANZ, München 2003; vgl. H. LIEBERICH, *Die Anfänge der Polizeigesetzgebung des Herzogtums Baiern*, in D. ALBRECHT - A. KRAUS - K. REINDEL (Hrsg.), *Festschrift für Max Spindler zum 75. Geburtstag*, München 1969, S. 307-378; H. SCHLOSSER, *Gesetzgebung und Rechtswirklichkeit im Territorialstaat der Frühen Neuzeit. Am Beispiel des Landesfürstentums Bayern (16./17. Jahrhundert)*, in *Diritto e potere nella storia europea. Atti in onore die Bruno Paradisi*, Firenze 1982, S. 525-542.

[18] Vgl. K. HÄRTER - M. STOLLEIS (Hrsg.), *Repertorium der Policeyordnungen der Frühen Neuzeit*, Bd. 1: *Deutsches Reich und geistliche Kurfürsten (Kurmainz, Kurtrier, Kurköln)*, Frankfurt a.M. 1996, S. 1-36. Im Folgenden werden (soweit nicht anders angegeben) alle Policeygesetze lediglich nach dem Repertorium der Policeyordnungen mit Territorium, Sigle, Form und Datum nachgewiesen.

[19] Köln, Frankfurt, Ulm, Speyer, Worms, Schweinfurt, Nördlingen sowie Kurmainz, Kurtrier, Kurköln, Kurbrandenburg (und Magdeburg, Halberstadt, Kleve-Mark), Kurpfalz (und Neuburg, Simmern), Bayern, Jülich-Berg, Baden (Durlach und Baden), Württemberg, Pfalz-Zweibrücken auf der Datengrundlage: K. HÄRTER - M. STOLLEIS (Hrsg.), *Repertorium der Policeyordnungen der Frühen Neuzeit*, Bd. 1-10, Frankfurt a.M. 1996-2010; einbezogen wurden weiterhin die bereits erfassten Städte: Nördlingen, bearbeitet von B. Rajkay und Schweinfurt. Gezählt werden hier nicht Gesetze, sondern die Regelungsmaterien nach dem dreistufigen Materienindex des Repertoriums (5 Bereiche, 25 Gruppen von 1.1 bis 5.4 und ca. 200 einzelne Policeymaterien).

Graphik 1: *Zeitliche Entwicklung der Normierungsintensität (Policeymaterien) der Policeygesetzgebung von sieben Reichsstädten und zehn Territorien 1300-1799*




Im späten Mittelalter dominierte die Normgebung der Reichsstädte, während die Territorien erst seit dem späten 15. Jahrhundert eine auf den öffentlichen Raum ausgreifende Ordnungsgesetzgebung etablierten und sich im 16. Jahrhundert insgesamt eine deutliche Zunahme beobachten lässt, die nicht allein durch die Reformation, sondern auch durch weitere «Krisenerscheinungen» und Ordnungsprobleme verursacht war und auch in einem Zusammenhang mit der Reichsgesetzgebung stand. Der spätmittelalterlichen Stadt kommt folglich eine wesentliche Funktion für die Ausdifferenzierung von Ordnungsnormen zu, mit denen die Kommunen

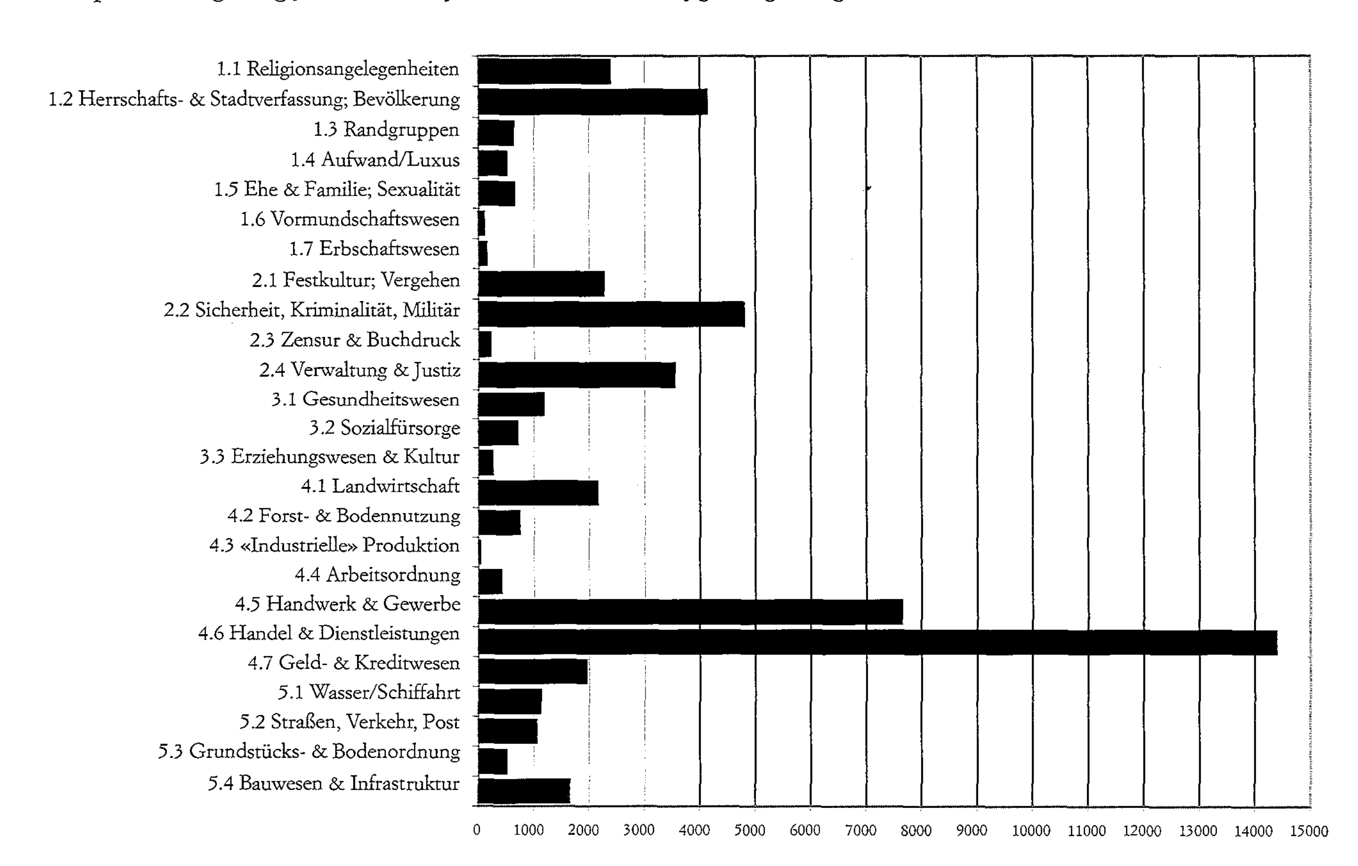
und städtischen Obrigkeiten auf soziale Verdichtung, Bevölkerungswachstum, Ausbildung unterbürgerlicher Schichten und sozialer Randgruppen, ökonomische Differenzierung und Arbeitsteilung sowie auf Ordnungsprobleme und soziale Konflikte im öffentlichen Raum der Stadt reagierten. Dieser – zumindest in der Wahrnehmung der Obrigkeiten – wachsende Ordnungs- und Regelungsbedarf schlug sich in der heterogenen Masse des «Stadtrechts» und damit in städtischen Statuten, Ordnungen und zunehmend auch einzelnen Gesetzgebungsakten wie Mandaten und Verordnungen nieder[20]. Auch wenn diese zunächst meist nicht direkt mit dem Policeybegriff verbunden waren, griffen sie dennoch auf zahlreiche Bereiche der kommunalen Ordnung und Verwaltung aus und enthalten «öffentlich-rechtliche» Regelungsfelder bzw. Policeymaterien in einer Gemengenlage mit anderen Normen, die sich eher dem Bereich des Privatrechts zuordnen lassen[21]. Charakteristische Regelungsbereiche betreffen die Handwerker und Zünfte, Markt und Handel, Liegenschaften, Bauwesen und Feuerpolicey sowie Institutionen der städtischen Verwaltungen, insbesondere die zahlreichen Ämter und das Gerichtswesen. Seit dem 15. Jahrhundert ist eine Ausweitung der Regelungsmaterien festzustellen: Gotteslästerung, Sittlichkeit und sexuelle Devianz (Prostitution/Kuppelei, Bigamie, Ehebruch), Müßiggang und Verschwendung, Aufwand und Luxus, Gewalttaten und Waffenführung, Alkoholkonsum, Bewirtung und Gaststätten, Eigentumsdelikte, soziale Randgruppen und Minderheiten, Arme, Bettler und Armenfürsorge spielen eine immer größere Rolle und werden meist in einzelnen Mandaten, Verordnungen und Ordnungen geregelt. Dies ging einher mit einer intensiveren Normierung der mit der Umsetzung und Kontrolle dieser Normen befassten städtischen Verwaltungsorgane und der Strafmaßnahmen. Die folgende Graphik zeigt die Bandbreite der Normen bzw. Policeymaterien von sieben Reichsstädten[22].

[20] Vgl. hierzu insgesamt G. CHITTOLINI - D. WILLOWEIT (Hrsg.), *Statuten, Städte und Territorien zwischen Mittelalter und Neuzeit in Italien und Deutschland*, Bologna 1991 - Berlin 1992; M. STOLLEIS (Hrsg.), *Recht, Verfassung und Verwaltung in der frühneuzeitlichen Stadt*, Köln - Wien 1991.

[21] K. HÄRTER, *Statut und Policeyordnung: Entwicklung und Verhältnis des Statutarrechts zur Policeygesetzgebung zwischen spätem Mittelalter und Früher Neuzeit in mitteleuropäischen Reichs- und Landstädten*, in G. DROSSBACH (Hrsg.), *Von der Ordnung zur Norm: Statuten in Mittelalter und Früher Neuzeit*, Paderborn u.a. 2010, S. 127-152; vgl. auch A. WOLF, *Gesetzgebung und Stadtverfassung. Typologie und Begriffssprache mittelalterlicher städtischer Gesetze am Beispiel Frankfurts am Main*, Frankfurt a.M. 1968.

[22] Datengrundlage wie bei Graphik 1.

Graphik 2: *Regelungsfelder (Policeymaterien) der Policeygesetzgebung von sieben Reichsstädten 1300-1799*



Die spätmittelalterliche kommunale Ordnungsgesetzgebung hatte zwar eindeutig einen Schwerpunkt in der städtischen Ökonomie (Handwerk/Gewerbe und Handel), zielte aber auch auf das Verhalten der Einwohner, den sozialen öffentlichen Raum und die städtischen Verfassungs- und Verwaltungsstrukturen (hier besonders 1.2 Herrschafts- und Stadtverfassung und 2.4. Verwaltung und Justiz). Diese öffentlich-rechtlichen Normen begannen sich gegen Ende des 15. Jahrhunderts allmählich vom traditionalen Stadtrecht – idealtypisch verkörpert in den Stadtrechtsreformationen – abzulösen und einen eigenen Bereich der Ordnungsgesetzgebung auszuformen. Dies manifestierte sich in dem zunehmenden Erlass umfassender, mehrere Bereiche und Materien normierender Mandate, in spezifischen, sachthematischen Spezialordnungen und schließlich im 16. Jahrhundert in umfassenderen Policeyordnungen: Armen-, Kleider-, Hochzeits-, Apotheker-, Münz- oder Zunftordnungen sowie Sittenmandate, Zucht- oder Policeyordnungen prägen das Bild der Gesetzgebung zahlreicher Reichsstädte in der frühen Neuzeit, die den gesamten öffentlich-rechtlichen Raum der Stadt zu erfassen suchte[23].

Allerdings adaptierte die obrigkeitlich-kommunale Policeygesetzgebung weiterhin Normen und Regelungen aus dem traditionellen Stadtrecht und es bestanden zahlreiche Überschneidungen zwischen Statutarrecht und Ordnungsgesetzgebung fort. Ulm oder auch Straßburg kompilierten noch im 17. Jahrhundert Prozessrecht, Normen für diverse städtische Ämter sowie Kleider-, Almosen- und eine «Land-Policey-Ordnung» in Rechtsbüchern, die als «Statuten» bezeichnet wurden[24]. Idealtypisch kann man dennoch seit dem 16. Jahrhundert von einer allmählichen funktionalen Differenzierung zwischen dem dauerhaften, stark zivil- und prozessrechtlich ausgerichteten Stadtrecht und einer flexiblen obrigkeitlichen Ordnungsgesetzgebung sprechen, und insofern bildeten die spätmittelalterlichen Statuten und Stadtrechte eine wesentliche Basis für die Entwicklung der Policeygesetzgebung und deren auf den «öffentlich-rechtlichen» Raum zielenden Normen und Regelungen. Eine eindeutige Formierung eines als «Policeyrecht» qualifi-

[23] Vgl. W.W. Hartleif, *Das Polizeirecht in Düsseldorf bis zum Jahr 1806*, phil. Dissertation Köln, 1990; H.-J. Kaatsch, *Polizeigesetzgebung in Schweinfurt. Eine Darstellung anhand der reichsgesetzlichen Grundlagen und der reichsstädtischen Polizeiordnungen*, Würzburg 1982; P. Kolb, *Policeyrecht in der Reichsstadt Schwäbisch Gmünd. Nach Regelwerken bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts*, Tübingen 2003; S. Schieber, *Normdurchsetzung im frühneuzeitlichen Wetzlar. Herrschaftspraxis zwischen Rat, Bürgerschaft und Reichskammergericht*, Frankfurt a.M. 2008.

[24] *Der Statt Ulm Gesatz und Ordnungen / Wie es in der Statt / und derselben Herrschafft und Oberkeit gehalten werden solle. Wiederum von neuen revidirt, vermehret / und publicirt*, Ulm 1683; Statuten und Gerichtsordnungen der Stadt Straßburg [Straßburg 1617-1675].

zierten und dem öffentlichen Recht allein zugeordneten Rechtsbereiches fand jedoch nicht statt. Allerdings nutzten die städtischen Obrigkeiten *gute Ordnung und Policey* um eine eigene, vom Einungscharakter des Statutarrechts abgelöste – wenn man so will öffentlich-rechtliche – Normgebungskompetenz durchzusetzen. Dabei beriefen sie sich im 16. Jahrhundert auch auf die übergeordnete Gesetzgebung des Reiches, d.h. die Reichsabschiede und die Reichspoliceyordnungen[25].

### 3. *Ordnungsgesetzgebung der Territorialstaaten*

Diese Beobachtung lässt sich ebenfalls für die seit dem späten 15. Jahrhundert allmählich einsetzende Ordnungsgesetzgebung der Landesherren bzw. der vormodernen Territorialstaaten machen, die sich im 16. Jahrhundert voll entfaltete und sich dabei auch explizit auf die Reichsgesetzgebung berief oder deren Normen übernahm[26]. Neben Einzelgesetzen kam dem Typus der Landesordnung eine zentrale Bedeutung für die territoriale Policeygesetzgebung zu[27]. Landesordnungen finden sich seit den 1470er Jahren in Sachsen (1444), Bayern (1474, 1491, 1501, 1516), Tirol, Baden (1495, 1517) oder Württemberg (1495, 1515), und seit etwa 1500 führten sie auch zunehmend den Policeybegriff oder die Bezeichnung «Policeyordnung» im Titel, wie die sächsische *Pollicey vnd Landtsordenung / zu wolfart und bestem / der selben Landen vnd unterthanen / bedacht vnd ausgangen* von 1556 oder die *Fürstlichen Bayrischen Landßordnung weitere erclerung, sambt etlichen von newem daran gehengten, und zu anstellung guter löblicher Policey dienstlichen satzungen* von 1578[28]. Bis 1600 wurden im Alten

[25] K. HÄRTER, *'Gute Ordnung und Policey' des Alten Reiches in der Region: Zum Einfluß der Reichspoliceygesetzgebung auf die Ordnungsgesetzgebung süddeutscher Reichsstände*, in R. KIESSLING - S. ULLMANN (Hrsg.), *Das Reich in der Region während des Spätmittelalters und der Frühen Neuzeit* (Forum Suevicum. Beiträge zur Geschichte Ostschwabens und der benachbarten Regionen, 6), Konstanz 2005, S. 187-223.

[26] W. HARTZ, *Die Gesetzgebung des Reichs und der weltlichen Territorien in der Zeit von 1495 bis 1555*, phil. Dissertation Marburg, 1931; K. HÄRTER, *'Gute Ordnung und Policey'*.

[27] Vgl. zusammefassend die Beiträge in den Sammelbänden P. BLICKLE - P. KISSLING - H. R. SCHMIDT (Hrsg.), *Gute Policey als Politik im 16. Jahrhundert. Die Entstehung des öffentlichen Raumes in Oberdeutschland*, Frankfurt a.M. 2003, sowie H. GEHRINGER - H.-J. HECKER - R. HEYDENREUTER (Hrsg.), *Landesordnung und Gute Policey in Bayern, Salzburg und Österreich*, Frankfurt a.M. 2008.

[28] *Der durchleuchtigen / hochgebornen Fürsten vnd Herrn / Herrn Johans-Friderichen / des Mittlern / Herrn Johans Wilhelm / vnd Herrn Johans Friderichen / des Jüngern / gebrüdere / Hertzogen zu Sachssen / Landgrauen in Düringen / vnd Marggraven zu Meissen / Pollicey vnd Landtsordenung / zu wolfart und bestem / der selben Landen vnd unterthanen /bedacht*

Reich über 150 meist gedruckte Landes- und Policeyordnungen von rund 40 Reichsständen erlassen, und zwar überwiegend zwischen 1530 und 1600[29]. Ihr wesentliches Kennzeichen war, dass sie umfassend zahlreiche unterschiedliche Policeymaterien und Normen kompilierten und folglich eine Vielzahl von Ordnungsproblemen regulierten. Die Landesordnungen nahmen zwar Normen aus anderen Rechtsbereichen auf, enthielten aber zunehmend neu gesetztes Gebotsrecht[30]. Die Bandbreite der Reglungen erstreckte sich nahezu über das gesamte Feld der *guten Policey*, wie die Württembergische Landesordnung von 1521 beispielhaft zeigt: Feiertage/ Religiöse Feste, Gotteslästerung, Kirchenorganisation, Aufenthalt, Auswanderung, Bürgerrecht, Frondienste/Dienstpflichten, Huldigung, Juden, Zigeuner, Aufwand/Luxus, Familie/Eheführung, Prostitution/Kuppelei, Unzucht, Glücksspiel, Zutrinken/Trunksucht, Eigentumsschutz, Gewalttaten, Landfriedensbruch/Stadtfriede, Sicherung Stadt/Land, Unruhen, Versammlungen, Waffenführung, Anzeigepflicht, Behördenzug, Strafvollstreckung, Verfahren, Zuständigkeiten Gerichte, Seuchen, Armenwesen, Ernteordnung/Feudalabgaben, Feld, Tierhaltung/Tiernutzung, Weide, Forst, Jagd, Bewirtung/Gaststätten, Judenwucher, Kreditwesen, Münzwesen, Brücken, Straßen/Plätze und Feuerpolicey[31].

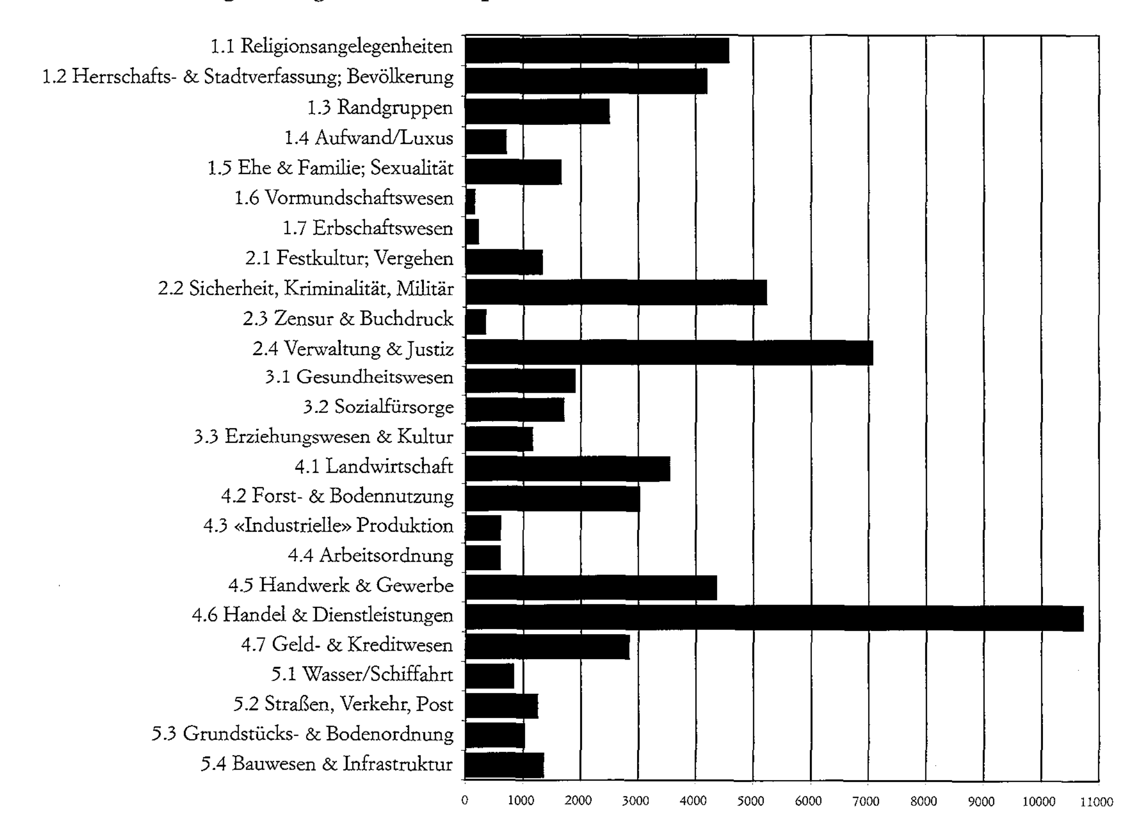
*vnd ausgangen*, Jena 1556; Bayern 432, Landesordnung, 12.06.1578; vgl. zu den bayerischen Landes- und Policeyordnungen insgesamt W. WÜST, «... *nach constitution unserer churfürstlichen policey»: Landes- und Policeygebote im Bayerischen Reichskreis*, in H. GEHRINGER - H.-J. HECKER - R. HEYDENREUTER (Hrsg.), *Landesordnung und Gute Policey*, S. 81-104.

[29] Vgl. exemplarisch *Repertorium der Policeyordnungen*, hrsg. von K. HÄRTER - M. STOLLEIS, Bd. 1: *Deutsches Reich und geistliche Kurfürsten (Kurmainz, Kurtrier, Kurköln)*, hrsg. von K. HÄRTER, Frankfurt a.M. 1996; Bd. 2: *Brandenburg/Preußen mit Nebenterritorien (Kleve-Mark, Halberstadt und Magdeburg)*, hrsg. von T. SIMON, Frankfurt a.M. 1998, Bd. 3: *Wittelsbachische Territorien (Kurpfalz, Bayern, Pfalz-Neuburg, Pfalz-Sulzbach, Jülich-Berg, Pfalz-Zweibrücken)*, hrsg. von L. SCHILLING - G. SCHUCK, Frankfurt a.M. 1999, Bd. 4: *Baden und Württemberg*, hrsg. von A. LANDWEHR - T. SIMON, Frankfurt a.M. 2001.

[30] Vgl. H. LIEBERICH, *Anfänge der Polizeigesetzgebung*; G. RICHTER, *Die Ernestinischen Landesordnungen und ihre Vorläufer von 1446 und 1482*, Köln 1964; K. MAIER, *Die Anfänge der Polizei- und Landesgesetzgebung in der Markgrafschaft Baden*, Pfaffenweiler 1984; K. KRÜGER, *Die fürstlich-mecklenburgischen Policey-Ordnungen des 16. Jahrhunderts: Innenpolitik und Staatsbildung*, in «Mecklenburgische Jahrbücher», 111, 1996, S. 131-167; M.P. SCHENNACH, *Gewohnheitsrecht, Einzelgesetzgebung und Landesordnungen in der Grafschaft Tirol in Spätmittelalter und Früher Neuzeit*, in H. GEHRINGER - H.-J. HECKER - R. HEYDENREUTER (Hrsg.), *Landesordnung und Gute Policey*, S. 19-80; J. PAUSER, *«für etwas guets neus». Die Policeyordnungen der niederösterreichischen Ländergruppe von 1542 und 1552 und die Rechtsvereinheitlichungsversuche Ferdinands I.*, *ibidem*, S. 131-168.

[31] Württemberg 29, Landesordnung, 20.08.1521; siehe insgesamt zu Württemberg A. LANDWEHR, *Policey im Alltag. Die Implementation frühneuzeitlicher Polizeiordnungen in Leonberg*, Frankfurt a.M. 2000.

Graphik 3: *Regelungsfelder (Policeymaterien) der Policeygesetzgebung von zehn Territorien 1390-1799* (Datengrundlage wie bei Graphik 1)



Die gesamte materielle Bandbreite der Regelungsmaterien der territorialen Policeygesetzgebung macht die obige Graphik für die zehn exemplarisch untersuchten Territorien deutlich, wobei «Verwaltung und Justiz» nach «Handel und Dienstleistungen» die höchste Normierungsintensität aufweisen.

Zwar enthielten einige Landesordnungen und Kompilationen «Recht/ gewohnheit / vnd gepreiich», und «Landpot vnd ordnung / … zu guetter pollicei» nebeneinander, wie die oben zitierte bayerische Landesordnung deutlich macht, doch lässt sich wie bei den Städten im 16. Jahrhundert ein Differenzierungsprozess beobachten. Die Landes- und Policeyordnungen traten als unterscheidbarer Gesetzestyp und Normenkorpus neben die Landrechtskompilationen bzw. das Landrecht, das überwiegend privatrechtliche Normen und Verfahrensrecht enthielt, und das Strafrecht der peinlichen Gerichts- und Malefizordnungen. Kennzeichnend ist weiterhin, dass die Landesordnungen zahlreiche Vorschriften für Amtsträger enthielten oder durch zusätzliche Amtsordnungen ergänzt wurden. Bereits die Württembergische Landesordnung von 1495 bezeichnete sich als «Ordnung so allen Amptleuten zu geschickt, und von unßern wegen, allen unßern underthonen verkündt, von den strenglich gehalten, und one unßer wißen unnd willen, darin kein enderung geschen soll»[32]. Darin zeigt sich, dass sich die *gute Policey* immer stärker auf die lokalen Verwaltungen ausrichtete und den Amtsträgern konkrete Normen im Hinblick auf die Umsetzung der Policeynormen und damit auch Verwaltungsvorschriften vorgab[33]. Insbesondere die landesherrliche bzw. territoriale Policeygesetzgebung etablierte folglich bereits seit dem frühen 16. Jahrhundert verbindliche Normen zur Verwaltungsausübung, die schließlich zur Ausformung eines besonderen Policey- bzw. Regelungsbereiches zur Verwaltungskontrolle – der «*guten Policey* der Verwaltung und Justiz» – führten und damit als eine Vorform verwaltungsrechtlicher Vorschriften gelten können.

[32] Württemberg 13, Landesordnung, 11.11.1495.

[33] Vgl. beispielhaft Jülich-Berg 54, *Amtsordnung*, 31.10.1558 (Ordnung wes unser Wilhelms Hertzogen zu Gülich / Cleve und Berg … Ambtleuth und Befelchhaber in Bedienung ihrer Aembter sich zuhalten), als Ergänzung zu Jülich-Berg 53, *Policeyordnung*, 15.05.1558; Württemberg 224, Reskript, 22.04.1579 und Württemberg 195, *Landesordnung*, 17.08.1567.

### 4. *Reichspoliceygesetzgebung und Reichsrecht*

Blickt man schließlich auf die Ebene des Alten Reiches und die Normsetzung- bzw. Gesetzgebungsaktivitäten des Reichstags im 16. Jahrhundert – denen eine zentrale Bedeutung für die Ausformung des öffentlichen Rechts in Mitteleuropa zukam – lässt sich der öffentlich-rechtliche Charakter der Policeygesetzgebung noch schärfer konturieren. Verfassungskrise und Reichsreform stimulierten ab 1495 eine sich intensivierende Policeygesetzgebung des Alten Reiches, die sich in rund 50 Reichsgesetzen (Reichsabschiede, Ordnungen und Mandate) und drei umfassenden Reichspoliceyordnungen von 1530, 1548 und 1577 niederschlugen[34]. Insbesondere die drei Reichspoliceyordnungen prägten den Gesetzestypus der Policeyordnung und die Regelungsgegenstände der *guten Policey* und wurden von zahlreichen Autoren der Reichspublizistik zu den *leges fundamentales* des Reiches gerechnet[35]. In die Policeygesetzgebung des Reiches flossen auch Ordnungsvorstellungen und Policeynormen der Reichsstädte und Territorien ein, so dass auf der Ebene des Reichs Austausch und Kommunikation über die gute Policey und eine Verdichtung zu einem umfassenderen Ordnungsmodell erfolgte. Die Policeygesetze des Reiches strahlten wiederum auf die Reichsmitglieder aus bzw. wurden auch konkret in die territoriale und reichsstädtische Gesetzgebung integriert[36]. Die Reichspoliceygesetzgebung und deren Integration in das Reichsrecht machen folglich deutlich, dass *gute Policey* als ein Interaktions- und Kommunikationsprozess charakterisiert werden kann. Das Reich bzw. der Reichstag nahm Ordnungsbedürfnisse und Policeynormen der Reichsstände auf und verdichtete sie auf dem Weg von Konsens und Kompromiss zwischen Kaiser und Reichsständen zu einer allgemeinen reichseinheitlichen Rahmengesetzgebung, die auch im politisch, konfessionell und regional fragmentierten Alten Reich eine minimale Rechtseinheit gewährleistete.

[34] K. Härter, *Entwicklung und Funktion der Policeygesetzgebung des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation im 16. Jahrhundert*, in «Ius Commune», 20, 1993, S. 61-141; K. Härter, *Policeygesetzgebung auf dem Wormser Reichstag von 1495*, in *1495 – Kaiser, Reich, Reformen: Der Reichstag zu Worms*. Katalog zur Ausstellung des Landeshauptarchivs Koblenz in Verbindung mit der Stadt Worms, hrsg. von der Landesarchivverwaltung Rheinland-Pfalz, Koblenz 1995, S. 81-93.

[35] M. Weber, *Die Reichspolizeiordnungen von 1530, 1548 und 1577. Historische Einführung und Edition*, Frankfurt a.M. 2002; H. Mohnhaupt, *Von den «leges fundamentales» zur modernen Verfassung in Europa. Zum begriffs- und dogmengeschichtlichen Befund (16.-18. Jahrhundert)*, in «Ius Commune», 25, 1998, S. 121-159.

[36] K. Härter, *Entwicklung und Funktion der Policeygesetzgebung*; K. Härter, *'Gute Ordnung und Policey'*.

Die Ebene des Reiches war für den Einfluss der Policeygesetzgebung auf das öffentliche Recht von zweifacher Bedeutung: Die *gute Policey* und ihre normativen Produkte avancierten zu einem Bestandteil des heterogenen Corpus des Reichsrechts, das ein zentrales Feld des sich seit dem Ende des 16. Jahrhunderts allmählich als juristisches Fach an den Universitäten des Alten Reiches etablierenden öffentlichen Rechts darstellte[37]. Und die damit verbundenen Fragen der Gesetzgebungskompetenz, der Geltungskraft und Verbindlichkeit, der Umsetzung, des Verhältnisses von Reichspoliceynormen und reichsständischer Policeygesetzgebung oder der Zuständigkeit der Reichsgerichte für Policeysachen gehörte zu den charakteristischen rechtlichen Problemstellungen des frühneuzeitlichen öffentlichen Rechts. Ausgehend von der Reichspoliceygesetzgebung und insbesondere auf den städtischen Kontext rekurrierend entstanden dann im 16. Jahrhundert erste Regimentstraktate, wie Johann Oldendorps *Rathschläge*, «wie man gute Policey und Ordnung in Stedten und Landen erhalten möge» (1530) oder Georg Lauterbecks *Regentenbuch* zur «Anrichtung u. Besserung erbarer u. guter Policey», die sich speziell der Policey und ihren normativen Produkten widmeten und das Einsetzen einer prototypischen «Policeywissenschaft» markieren[38]. Die Policeywissenschaftler und Juristen des 18. Jahrhunderts, die eine Qualifizierung der Policeynormen als Policeyrecht und Bestandteil des öffentlichen Rechts vertraten, beriefen sich dann auch bevorzugt auf die Reichspoliceygesetzgebung des 16. Jahrhunderts und die Reichspoliceyordnungen im Besonderen[39].

### 5. *Wechselwirkungen mit anderen Rechtsbereichen*

Darüber hinaus lassen sich weitere Wechselwirkungen zwischen Policey und Recht insgesamt aufzeigen: Die frühe Policey- und Ordnungsgesetzge-

[37] M. STOLLEIS, *Reichspublizistik und Policeywissenschaft*; D. WYDUCKEL, *Ius publicum. Grundlagen und Entwicklung des öffentlichen Rechts und der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Berlin 1984.

[38] J. OLDENDORP, *Von Rathschlägen, wie man gute Policey und Ordnung in Stedten und Landen erhalten möge ...*, Rostock 1530 und 1597; G. LAUTERBECK, *Aus vielen trefflichen alten und newen Historien/ mit sonderm fleis zusamen gezogen. Allen Regenten und Oberkeiten zu anrichtung und besserung Erbarer und guter Policey / Christlich und nötig zu wissen*, Leipzig 1557, 1559 und 1572. Vgl. zu diesen und weiteren Autoren umfassend T. SIMON, *«Gute Policey»*, S. 111 ff.

[39] Vgl. dazu nur G.H. VON BERG, *Handbuch*, Tl. 1, S. 37-47; J.H. VON TEUTSCHENBRUNN, *Initia juris politiae*, S. 14 f.

bung weist Einflüsse und Überschneidungen mit anderen Rechtsbereichen auf und adaptierte Rechtsnormen aus Gewohnheits-, Straf-, Privat- und kanonischem Recht. Am geringsten fiel der Einfluss des römischen Rechts aus; privatrechtliche Elemente bzw. Normen lassen sich zwar durchaus aufzeigen, so beispielsweise bei der Vormundschafts-, der Erb- oder der Bodenordnung[40]. Letztlich traten aber die genuin «privatrechtlichen» Normen gegenüber der öffentlich-rechtlichen Zielsetzung bzw. den jeweils geregelten Beziehungen zwischen Obrigkeit und Normadressaten/Untertanen in den Hintergrund. Dies lässt sich insbesondere daran ablesen, dass die Policeynormen zu Erb-, Familien- oder auch Liegenschaftsrecht primär nicht die Konflikte zwischen zwei «privaten» Parteien behandelten, sondern ganz überwiegend obrigkeitliche bzw. staatliche Kontrollen und Verwaltungsverfahren im Sinne einer «guten Policey der Verwaltung und Justiz» etablierten, wie z.B. die staatliche Obervormundschaftskontrolle[41].

Dagegen lassen sich katalytische Einflüsse des kirchlichen Rechts, religiöser Ordnungsvorstellungen und schließlich auch Auswirkungen der Reformation in der Ordnungsgesetzgebung der Städte und Territorien vielfach nachweisen. Sollte doch die Aufrichtung einer *guten Ordnung* mittels Policeygesetzen insbesondere der Abwendung göttlichen Zorns dienen, der durch Unordnung und Devianz hervorgerufen worden sei. So erging die hessische *Reformationsordnung in Policey-Sachen* 1526 «zu heyligung Göttlich namens, mehrung seiner ehr und glori, abstellung erneuter sünde und mißbräuch, versönung gottes zorn, anrichtung und pflantzung eines ehrlichen zuchtigen lebens, Christlicher eynyckeit und ordentlicher sidten, und furderung gemeynes nutzes»[42]. Delikte und Policeymaterien wie Gotteslästerung, Sonn- und Feiertagsheiligung, Sekten, eherechtliche Bestimmungen und Verbrechen im Bereich der Sexualität wie Unzucht, Fornikation und Ehebruch finden sich vermehrt in der Policeygesetzgebung des 16. Jahrhundert, lassen sich aber auch für das 15. Jahrhundert in vielen Städten und Territorien nachweisen. Reformation und Konfessionalisierung brachten daher nur einen weiteren Schub, luden den Policeybegriff stärker religiös-konfessionell auf und erweiterten die Ordnungsgesetzgebung durch «Zuchtordnungen», «Sittenmandate» und «Kirchenpoliceyordnungen», die sich teilweise explizit auf die *gute Policey* beriefen, wie «der stat

[40] G.K. SCHMELZEISEN, *Polizeiordnungen und Privatrecht*.

[41] Vgl. dazu K. HÄRTER, *Entwicklung und Funktion der Policeygesetzgebung*, S. 117.

[42] *Sammlung Fürstlich Hessischer Landes-Ordnungen und Ausschreiben*, Kassel 1767, Bd. 1, S. 49-54, hier S. 50.

Augspurg / Zucht vnd pollicey ordnung»[43]. Die Bekämpfung von religiöser/konfessioneller Devianz, Lastern und Unsittlichkeit als Störung der göttlichen und weltlichen Ordnung, welche Zorn und Strafe Gottes hervorriefen, bildete ein wichtiges Leitmotiv der protestantischen Staaten, Territorien und Städte[44].

Bei den katholischen Obrigkeiten war dies zwar zunächst geringer ausgeprägt, nach dem Konzil von Trient führte die einsetzende katholische Konfessionalisierung seit dem letzten Drittel des 16. Jahrhunderts aber ebenfalls zu einer verstärkten Ausrichtung der Policeygesetzgebung auf religiös/konfessionelle und sittliche Themen[45]. Substantielle Differenzen oder Konflikte zwischen protestantischer und katholischer Policey- bzw. Ordnungsgesetzgebung finden sich allerdings kaum. Die konfessionellen Konflikte stimulierten bezüglich der *guten Policey* kaum die Diskurse der Juristen bzw. des öffentlichen Rechts, auch wenn Fragen wie die Normgebungskompetenzen kirchlicher Institutionen im Verhältnis zur Policeygewalt oder die Kirchenbuße als Policeystrafe durchaus diskutiert wurden. Dabei ging es jedoch um Grundsatzfragen der Durchsetzung der obrigkeitlich-staatlichen Policeygewalt (Normgebungs- und Strafkompetenz) gegen die Kirche, in denen protestantische und katholische Obrigkeiten bzw. Autoren weitgehend übereinstimmten. Denn nach dem Dreißigjährigen Krieg folgte die *gute Policey* zunehmend utilitaristisch-säkularen Ord-

[43] *Ains Erbern Rats der Statt Augspurg / ernstlich ansehen / Satzung vnd erkandtnuß / wider die laster und befleckungen des ueblen Gotslesterns / schwoerens/ zûtrinckens / vberflüssigen füllens / Eebruchs / auch ergerlicher hûrerey / vñ anders / fürgenomen*, 05.12.1529; *Ains erbern rats / der stat Augspurg / Zucht vnd pollicey ordnung M.D.XXXVII.*, 14.08.1537, in W. Wüst (Hrsg.), *Die «gute» Policey im Reichskreis. Zur frühmodernen Normensetzung in den Kernregionen des Alten Reiches*, Bd. 1: *Die «gute» Policey im Schwäbischen Reichskreis unter besonderer Berücksichtigung Bayerisch-Schwabens*, Berlin 2001, Nr. 1, S. 77-88.

[44] K. Sichelschmidt, *Recht aus christlicher Liebe oder obrigkeitlicher Gesetzesbefehl? Juristische Untersuchungen zu evangelischen Kirchenordnungen des 16. Jahrhunderts*, Tübingen 1995.

[45] K. Härter, *Policey und Strafjustiz*, S. 137-140; vgl. auch für die «Sektengesetzgebung» K. Härter, *Religion, Frieden und Sicherheit als Gegenstand guter Ordnung und Policey: Zu den Aus- und Nachwirkungen des Augsburger Religionsfriedens und des Reichsabschieds von 1555 in der reichsständischen Policeygesetzgebung*, in W. Wüst - G. Kreuzer - N. Schümann (Hrsg.), *Der Augsburger Religionsfriede 1555. Ein Epochenereignis und seine regionale Verankerung* (Zeitschrift des historischen Vereins für Schwaben, 98), Augsburg 2005, S. 143-164. Die Gemeinsamkeiten von Policey- und Kirchenordnungen im katholischen Bereich betont auch D. Willoweit, *Katholische Reform und Disziplinierung als Element der Staats- und Gesellschaftsorganisation*, in P. Prodi (Hrsg.), *Glaube und Eid. Treueformeln, Glaubensbekenntnisse und Sozialdisziplinierung zwischen Mittelalter und Neuzeit,* München 1993, S. 113-132, hier S. 128.

nungsideen, die sich auf Wohlfahrt und Sicherheit ausrichteten und von Religion und kirchlichem Recht entfernten. In dieser Hinsicht beförderte die *gute Policey* folglich eher die Tendenz zur Entkonfessionalisierung und Säkularisierung des öffentlichen Rechts[46].

Wie erwähnt, schrieb bereits die Ordnungsgesetzgebung des 15. und 16. Jahrhunderts zahlreiche «Ordnungsvergehen» und Delikte fest, welche mittels *guter Policey* bestraft, diszipliniert oder verhindert werden sollten[47]. Charakteristisch sind Deliktfelder wie Gotteslästerung, Unzucht und Ehebruch, Betrug und Fälschung, Hinterziehung von Abgaben, Eigentumsdelikte und Vaganten/Diebsbanden und viele andere mehr, wobei auch hier kennzeichnend ist, dass zahlreiche Überschneidungen zum traditionellen Strafrecht – wie insbesondere der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (der so genannten *Carolina*) – existierten, aus dem ebenfalls Normen übernommen wurden[48]. In dieser Hinsicht ergänzte und modifizierte die Policeygesetzgebung das vormoderne Strafrecht, und zwar über die Delikte hinaus auch bezüglich der Strafzwecke und der Strafformen. So avancierte beispielsweise die «Policeyanstalt» des Zuchthauses im 18. Jahrhundert zur modernen Kriminalstrafe, und typische Policeystrafen wie Zwangsarbeit, Freiheitsentzug oder die Geldbuße wurden in die Strafjustiz integriert[49]. Letztlich hat der Policeygedanke die Ausformung des «modernen» Strafrechts mit seinen utilitaristisch-pluralen Strafzwecken mit beeinflusst und vorangetrieben. Auch die Policeygesetzge-

[46] M. STOLLEIS, *«Konfessionalisierung» oder «Säkularisierung» bei der Entstehung des frühmodernen Staates*, in «Ius Commune» 20, 1993, S. 1-23.

[47] K. HÄRTER, *Disciplinamento sociale e ordinanze di polizia nella prima età moderna*, in P. PRODI, *Disciplina dell'anima, disciplina del corpo e disciplina della società tra medioevo ed età moderna* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Quaderni, 40), Bologna 1994, S. 635-658.

[48] So bereits W. BRAUNEDER, *Das Strafrecht in den österreichischen Polizeiordnungen des 16. Jahrhunderts*, in G. KÖBLER (Hrsg.), *Wege europäischer Rechtsgeschichte. Karl Kroeschell zum 60. Geburtstag ...*, Frankfurt a.M. u.a. 1987, S. 1-28; vgl. weiterhin K. HÄRTER, *Zum Verhältnis von Policey und Strafrecht bei Carpzov*, in G. JEROUSCHEK - W. SCHILD - W. GROPP (Hrsg.), *Benedict Carpzov. Neue Perspektiven zu einem umstrittenen sächsischen Juristen*, Tübingen 2000, S. 181-225; K. HÄRTER, *Policeygesetzgebung und Strafrecht: Criminalpoliceyliche Ordnungsdiskurse und Strafjustiz in der Frühen Neuzeit*, in S. KESPER-BIERMANN - D. KLIPPEL (Hrsg.), *Kriminalität in Mittelalter und Früher Neuzeit. Soziale, rechtliche, philosophische und literarische Aspekte*, Wiesbaden 2007, S. 189-210.

[49] K. HÄRTER, *Freiheitsentziehende Sanktionen in der Strafjustiz des frühneuzeitlichen Alten Reiches*, in G. AMMERER - F. BRETSCHNEIDER - A.S. WEISS (Hrsg.), *Gefängnis und Gesellschaft. Zur (Vor-)Geschichte der strafenden Einsperrung* (Comparativ 13, Heft 5/6), Leipzig 2003, S. 67-99.

bung ist insofern Ausdruck eines neuen, obrigkeitlichen und öffentlichen Verständnisses von Kriminalität und Strafe und gehört zur Entstehung und Durchsetzung des öffentlichen Strafens bzw. Strafanspruchs im Übergang vom Spätmittelalter zur Frühen Neuzeit[50].

Die sich im 15. und 16. Jahrhundert unter der Leitvorstellung *guter Policey* ausformende Ordnungsgesetzgebung wies folglich keine scharfe Abgrenzung zum «Recht» auf, zumal im 16. Jahrhundert noch keine trennscharfe Unterscheidung zwischen Privatrecht, öffentlichem Recht, Strafrecht und sonstigen Rechtsbereichen existierte. Auch wenn das ambivalente Verhältnis zwischen Ordnungsgesetzgebung und Recht während der Frühen Neuzeit fortbestand und sich letztlich auch im 18. Jahrhundert kein eindeutig abgegrenztes «Policeyrecht» formierte, so kann der Policeygesetzgebung insgesamt ein rechtlicher Gehalt kaum abgesprochen werden[51]. Ein enges Verhältnis zum traditionellen Recht empfahlen auch die frühen Policey- und Regimentstraktate des 16. Jahrhunderts den Obrigkeiten: Die Ordnungsgesetzgebung sollten «sich möglichst eng an die überlieferten Normen von Recht und Gewohnheit anlehnen»[52]. Die obrigkeitliche Gesetzgebung bedurfte freilich nicht nur der Legitimation durch Recht insbesondere im Hinblick auf die dem traditionalen Rechtsdenken verhafteten Normadressaten. Vielmehr drückt sich die enge Verschränkung von Policey und Recht auch darin aus, dass die Normen des überlieferten Rechts bekräftigt und ihre normative Kraft verstärkt werden sollten[53]. Dies bedeutete freilich auch eine Modifikation, Anpassung und Fortschreibung mittels Policeygesetzgebung im Hinblick auf soziale, ökonomische und politische Entwicklungen und «Krisenerscheinungen»[54]. Insofern integrierte die Policeygesetzgebung Normen aus anderen Rechtsbereichen in einen breiteren Kontext von Ordnungspolitik und Öffentlichkeit und gab ihnen einen über ständische Grenzen hinausgehenden Geltungsanspruch. Adressatenkreis und soziale Reichweite des Ordnungsmodells der guten Policey griffen tendenziell auf die gesamte ständische Gesellschaft aus:

[50] So eine Kernthese meiner Fallstudie K. HÄRTER, *Policey und Strafjustiz*. Vgl. weiterhin D. WILLOWEIT (Hrsg.), *Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts. Bestandsaufnahme eines europäischen Forschungsproblems*, Köln u.a. 1999; K. LÜDERSSEN (Hrsg.), *Die Durchsetzung des öffentlichen Strafanspruchs. Systematisierung der Fragestellung*, Köln u.a. 2002.

[51] W. BRAUNEDER, *Der soziale und rechtliche Gehalt der österreichischen Polizeiordnungen des 16. Jahrhunderts*, in «ZHF», 3, 1976, S. 205-219.

[52] T. SIMON, *«Gute Policey»*, S. 187 f.

[53] *Ibidem*, S. 189.

[54] M. STOLLEIS, *Reichspublizistik und Policeywissenschaft*.

Policeygesetze richteten sich zunehmend an alle gesellschaftlichen/sozialen Gruppen und galten meist für das gesamte Territorium bzw. «Staatsgebiet» und alle sich dort aufhaltenden Menschen. Dem Anspruch nach entwickelte sich das Policeygesetz in der Frühen Neuzeit zu einer ständeübergreifenden bzw. alle Stände erfassenden obrigkeitlichen normativen Vorgabe. Die Policeynormen und Policeygesetze zielten im Sinne einer sozialen Regulierung, Kontrolle und Disziplinierung auf die Gesamtheit der Normadressaten bzw. Untertanen und erstreckten sich auch auf die Verwaltungen und Amtsträger; in dieser Hinsicht bedeuteten sie eine – zweifellos begrenzte – Verrechtlichung der Beziehungen zwischen Obrigkeiten und Untertanen.

## 6. *Norm- und Gesetzgebungsprozess*

Im 16. Jahrhundert hatte sich folglich die *gute Policey* auf der reichsstädtischen, territorialen und der Ebene des Reiches nicht nur als allgemeines politisches Ordnungsmodell etabliert, sondern auch einen – mehr oder weniger – unterscheidbaren spezifischen Bereich an obrigkeitlich gesetzten Normen ausgeformt, der sich insbesondere in dem eigenständigen Typus der umfassenden Policey- und Landesordnung manifestierte, der in der Frühen Neuzeit auf allen Ebenen obrigkeitlicher Normgebung anzutreffen ist. Ein wesentliches Merkmal der «Policeyordnung» als Typus ist, dass sie mehr oder weniger vollständig alle «ordnungsbedürftigen» Bereiche und darauf bezogenen Normen/Regelungen in einem gedruckten Gesetzeswerk zusammenfassen sollte, das materiell-stofflich eine normative ideale Gesamtordnung und einen selbständigen normativen Bereich des Öffentlichen markierte. Um die Policeyordnung herum differenzierten sich die Spezialordnungen von der Armen- über die Ehe-, Amts- und Forst- bis zur Zunft- und Bauordnung weiter aus, und seit der zweiten Hälfte des 17. Jahrhundert begannen die Einzelgesetze – die zahllosen Edikte, Mandate, Verordnungen und Reskripte – zu dominieren, so dass gegen Ende der Frühen Neuzeit im Alten Reich eine nur schwer zu überschauende Normenmasse entstanden war. Dennoch gewann die *gute Policey* auf der Ebene der Gesetzgebung und der Gesetzesform allmählich auch ein eigenes formales und inhaltliches Profil, das sie von anderen Rechtsbereichen unterscheidbarer machte und langfristig mit zur Ausdifferenzierung des öffentlichen Rechts (im Sinne eines Normenbestandes) beitragen sollte. Entscheidend hierfür war der Gedanke, dass sich die Policeynormen entweder in einer einzigen «Policeyordnung» oder aber eine Sammlung von Ordnungsgesetzen, wie sie im 18. Jahrhundert in zahlreichen Territorien

entstanden[55], materiell zu einer «gesetzlichen Ordnung», «Ordnungskodifikation» oder eben zu einem «Policeyrecht» zusammenfassen ließen.

Die allmähliche Etablierung und Ausdifferenzierung von Policeynormen bzw. Ordnungsgesetzen ging freilich nicht allein von der jeweiligen Obrigkeit bzw. einem souveränen Gesetzgeber aus, sondern Landstände, andere intermediäre Gewalten und Untertanen spielten ebenfalls eine Rolle (deren Gewichtung ist in der Forschung freilich umstritten). So wirkten auf der territorialen Ebene wie in Tirol, Österreich, Hessen, Mecklenburg oder Bayern im 16. Jahrhundert noch vielfach die Landstände am Zustandekommen von Policey- und Landesordnungen und dem Normgebungsverfahren mit[56]. Zudem erließen intermediäre Gewalten wie der niedere Adel, die Kirche, die Landstädte oder auch Korporationen wie die Zünfte eigene Ordnungsnormen, die teilweise von den jeweiligen Obrigkeiten adaptiert oder konfirmiert wurden. Partiell flossen auch Ordnungsinteressen der Untertanen bzw. der Normadressaten ein, die mittels Supplikationen und Dispensgesuchen mit den Obrigkeiten über die gute Ordnung bzw. Policeynormen kommunizierten. Denn die Obrigkeit hatte ein Interesse, die Policeygesetzgebung flexibel an die lokalen sozialen wie rechtlichen «Umstände» anzupassen, um Akzeptanz und Durchsetzungschancen zu erhöhen[57]. Den Policeygesetzen kam insofern nicht die gleiche Geltungskraft und Geltungsdauer wie dem Recht zu: Häufig behielten sich die

[55] Vgl. nur die Sammlungen, die nachgewiesen sind bei: H. GEHRKE, Art. *Deutsches Reich*, in H. COING (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Bd. 2: *Neuere Zeit (1500-1800). Das Zeitalter des gemeinen Rechts*, Tlbd. 2: *Gesetzgebung und Rechtsprechung*, München 1976, S. 312-435, sowie K. HÄRTER - M. STOLLEIS, *Repertorium der Policeyordnungen*.

[56] J. PAUSER, *Gravamina und Policey. Zum Einfluß ständischer Beschwerden auf die landesfürstliche Gesetzgebungspraxis in den niederösterreichischen Ländern vornehmlich unter Ferdinand I. (1521-64)*, in «Parliaments, Estates & Representation» 17, 1997, S. 13-38; P. BLICKLE (Hrsg.), *Gemeinde und Staat im alten Europa*, München 1998; C. NESCHWARA, *Landständischer Einfluss auf die Gesetzgebung in der Frühneuzeit – Am Beispiel des Landesordnungsprojekts für Österreich unter der Enns von 1650*, in H. GEHRINGER - H.-J. HECKER - R. HEYDENREUTER (Hrsg.), *Landesordnung und Gute Policey*, S. 169-210.

[57] Vgl. die Beiträge in P. BLICKLE (Hrsg.), *Gemeinde und Staat*; K HÄRTER (Hrsg.), *Policey und frühneuzeitliche Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 2000; C. NUBOLA - A. WÜRGLER, *Suppliche e «gravamina». Politica, amministrazione, giustizia in Europa (secoli XV-XVIII)*, (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Quaderni, 59) Bologna 2002. Weiterhin A. HOLENSTEIN, *Gesetzgebung und administrative Praxis im Staat des Ancien Régime. Beobachtungen an den badischen Vogt- und Rügegerichten des 18. Jahrhunderts*, in B. DÖLEMEYER - D. KLIPPEL (Hrsg.), *Gesetz und Gesetzgebung im Europa der Frühen Neuzeit*, Berlin 1998, S. 171-197; A. HOLENSTEIN, *«Gute Policey» und lokale Gesellschaft im Staat des Ancien Régime. Das Fallbeispiel Baden(-Durlach)*, 2 Bde., Tübingen 2003.

Obrigkeiten – wie beispielsweise der Fürstbischof von Salzburg 1524 – vor, ihre Ordnungsgesetze «allzeit oder zum teil wann und so oft wir wollen, zu mindern zu mehren, zu verändern, zu mäßigen oder gar abzutun»[58].

Die Beteiligung der Landstände, die Vorreiterrolle der städtischen Ordnungsgesetzgebung, die Adaption von Policeynormen aus dem Reichsrecht und insgesamt die Kommunikation zwischen Obrigkeit und Untertanen über die *gute Policey* machen deutlich, dass sich die frühe Ordnungsgesetzgebung nicht ausschließlich dem Prozess der Staatsbildung, respektive einer geplanten und gesteuerten Durchsetzung der inneren Souveränität und der Etablierung eines Gesetzgebungsmonopols zuordnen lässt. Vielmehr reagierten die vormodernen Obrigkeiten auch auf konkrete Verwaltungs- und Ordnungsprobleme, auf soziale Verdichtung, Krisenerscheinungen und auf Forderungen nach einer besseren Ordnung. Andererseits existierten aber auch Felder, auf denen die Vorstellungen von Obrigkeiten, Untertanen und intermediären Gewalten über die gute Ordnung des Gemeinwesens erheblich auseinanderklafften. Der frühmoderne Staat konnte zudem die Nachfrage nach Ordnung und Policey nutzen, um Staatstätigkeit zu legitimieren und auszudehnen, Zuständigkeit und Handlungsfähigkeit zu demonstrieren und Funktionsgewinne staatlicher Institutionen zu realisieren. Er monopolisierte langfristig die Normgebungskompetenz im Bereich der Policey, entzog sie intermediären Gewalten und beschränkte diese auf die «niedere» Policey und ein begrenztes Satzungsrecht. Dieser Prozess kam freilich erst nach dem Ende des Ancien Régime bzw. des Alten Reiches zum Abschluss. Auch wenn *gute Policey* und Ordnungsgesetzgebung der Herrschaftsverdichtung dienten, so lassen sie sich doch nicht ausschließlich unter dem Rubrum «territoriale Staatsbildung» fassen, was zumindest aus der Perspektive der Policey Souveränität, Gesetzgebungsmonopol und Staatsbildung als zentrale Elemente der Etablierung des öffentlichen Rechts relativiert. Aber die diesbezüglich auftretenden «öffentlich-rechtlichen» Konflikte, Probleme und Fragen wie die der Policeygewalt, der Gesetzgebungkompetenzen, dem Verhältnis von Landesgewalt zu intermediären Gewalten und der *potestas legislatoria*, der Justiziabilität von Policeysachen oder der rechtlichen Qualität von Supplikationen und Dispensen stimulierten und beschäftigten das öffentliche Recht im Sinne der wissenschaftlichen Bearbeitung und des juristisch-staatsrechtlichen Diskurses.

[58] *Registratur vber gmainer statt Saltzburg ordnung vnd pollicey*, 1524, in W. WÜST (Hrsg.), *Die «gute» Policey im Reichskreis. Zur frühmodernen Normensetzung in den Kernregionen des Alten Reiches*, Bd. 3: *Die «gute» Policey im Bayerischen Reichskreis und der Oberpfalz*, Berlin 2004, S. 191-235, hier S. 195.

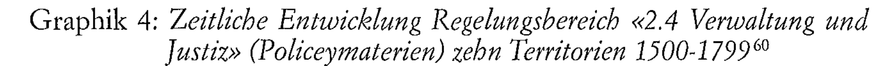
## 7. *Regelungsbereiche und öffentliche Verwaltung*

Die Bedeutung der guten Policey für die Entstehung eines öffentlichrechtlichen Raums lässt sich schließlich an der Ausweitung der Regelungsbereiche der Policeygesetzgebung ablesen, die seit dem späten Mittelalter zunehmend in immer mehr Bereiche von Gesellschaft und Wirtschaft eingriff. Dabei veränderte sich seit dem 16. Jahrhundert der eher reaktiv auf die Beseitigung von «Missständen» und «Unordnung» sowie auf eine soziale Disziplinierung von deviantem Verhalten ausgerichtete Charakter allmählich zu einer stärker auf Sicherheit, Ökonomie, Wohlfahrt und damit Steuerung und konkretes Verwaltungshandeln zielenden Gesetzgebung. In dieser Beziehung verursachte und förderte die Policeygesetzgebung eine erhebliche Erweiterung der öffentlichen (obrigkeitlichen bzw. «staatlichen») Aufgaben und bewirkte dadurch sowohl eine Ausdifferenzierung als auch Verrechtlichung der Verwaltung[59]. Bereits in der spätmittelalterlichen Ordnungsgesetzgebung der Städte besaß der Regelungsbereich «Amtsträger, Verwaltung und Justiz» (vgl. Graphik 2) quantitativ und qualitativ eine große Bedeutung. In der Ordnungsgesetzgebung der Territorien gewann er dann seit etwa 1700 eine überproportionale, in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhundert teilweise sogar dominierende Stellung, wie die folgende Graphik zeigt.

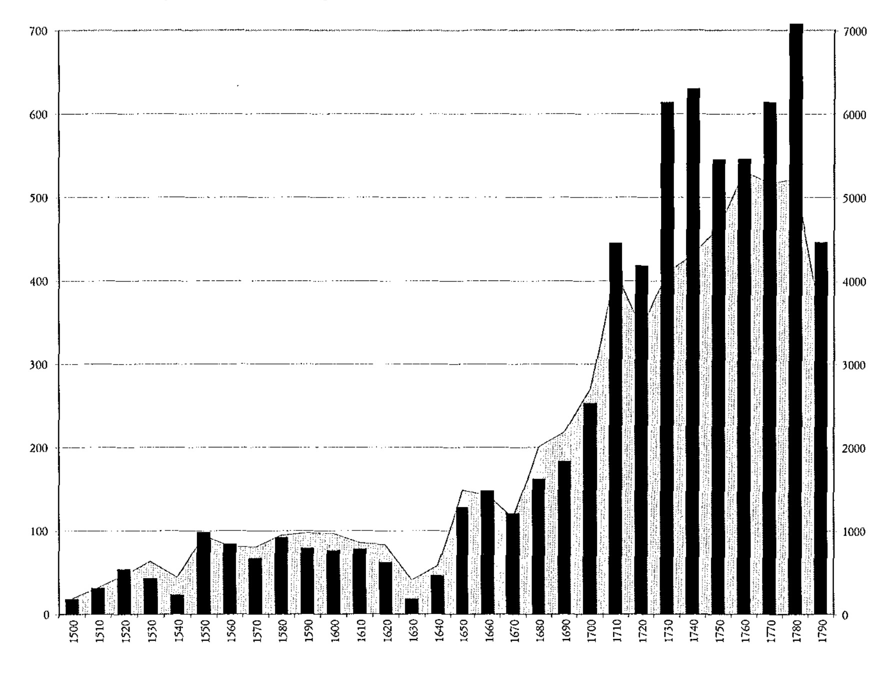
Inhaltlich reglementierten die Policeynormen charakteristische Felder öffentlicher Verwaltungen, insbesondere lokaler Verwaltungsorgane und Amtsträger: Amtsführung und Amtsmissbrauch, Ausbildung, Qualifikation und Anstellungserfordernisse, Eid, Präsenzpflicht/Ferien, Besoldung, (übermäßige) Gebühren, Spesen und Sporteln, Nebentätigkeiten, Bestechlichkeit, Anzeige- und Aufsichtspflicht, Bekanntmachungswesen und Publikationspflicht, Behördenzug/Kanzleiwesen, Einhaltung des Diensts- und Rechtswegs, Berichtswesen, Supplikationen, Rechnungswesen, Gerichtsorganisation, Prozess/Verfahren, Forderungsvollstreckung, Strafvollstreckung und Strafgewalt, um nur die wichtigsten Regelungsmaterien kursorisch anzuführen.

Die deutliche Intensivierung der Normierungsintensität im Bereich der «guten Policey der Verwaltung und Justiz» bedeutete nicht nur eine Erweiterung der Staatszwecke und eine Ausdehnung der Staatstätigkeit, die

[59] Vgl. grundsätzlich zur Verwaltungsentwicklung G. DILCHER (Red.), *Die Verwaltung und ihre Ressourcen. Untersuchungen zu ihrer Wechselwirkung* (Beihefte zu «Der Staat», 9), Berlin 1991, und darin insbesondere S. 46-69: W. BRAUNEDER, *Die Verwaltung im Beamtenstaat nach dem Dreißigjährigen Krieg.*



Graphik 4: *Zeitliche Entwicklung Regelungsbereich «2.4 Verwaltung und Justiz» (Policeymaterien) zehn Territorien 1500-1799*[60]




«unwillkürlich in den Verwaltungsstaat der Zukunft» führten[61]. Vielmehr war sie auch das Ergebnis einer ambivalenten Entwicklung: Einerseits erweiterte die Policeygesetzgebung insgesamt die Aufgaben der Verwaltung und beinhaltete zudem eine stärkere Normierung des Verwaltungshandelns; sie reagierte anderseits aber auch auf die zahlreichen Probleme bei der Um- und Durchsetzung der Policeynormen. Die zunehmende Reglementierung der Verwaltung ist daher nicht nur Ausdruck «geplanter» obrigkeitlicher Staatsbildung, sondern auch des Experimentierens und Improvisierens der vormodernen Obrigkeiten, um Verwaltung anzupassen, fortzuentwickeln und zu effektivieren – und zwar gerade bezüglich der «defizitären» Um- und Durchsetzung von Ordnungsgesetzen und der

[60] Datengrundlage wie bei Graphik 1.

[61] C. Dipper, *Deutsche Geschichte 1648-1789*, Frankfurt a.M. 1991, S. 232.

Administrierung *guter Ordnung und Policey*[62]. So verpflichte beispielsweise die Kurmainzer Landesordnung von 1755 alle Landesbeamten und Amtsträger neben der Wahrung der landesherrlichen Gerechtsame ausdrücklich auf *gute Policey*, Disziplin und Durchsetzung der Policeygesetze:

«Sollen sie [die Landesbeamten] bedacht sehn, eine gute Policey und Disciplin zu halten, die zu solchem Ende von Uns und Unsern Lobseel. Herren Vorfahren am Erz-Stifft publicirte, wie auch diese gegenwartige Verordnungen alles ihres Innhalts genau beobachten, und was dargegen von einem oder dem anderen, Ort, Gemeinheit, oder privat Personen, unter was Praetext oder Verwand es sehe, eingeführet worden, von nun an für null-und nichtig halten, und mit gebührender Ahndung gegen die contravenienten verfahren»[63].

Neben der Intensivierung der Extraktion («Steuerstaat») und Militär/Krieg stimulierte insbesondere das Problem der – zweifellos nach modernen Maßstäben defizitären und ineffektiven – Umsetzung der Policeynormen den Ausbau obrigkeitlich-staatlicher Verwaltungsstrukturen. Dabei ging es sowohl um die Integration oder Verstaatlichung traditionaler genossenschaftlicher/kommunaler Verwaltungsaufgaben als auch um die Etablierung neuer («moderner»), direkt den Zentralbehörden unterstehender exekutive Verwaltungs- und Policeyorgane und neuer administrativer Techniken. Bezüglich letzterer bildeten die Ausdehnung und Formalisierung der verwaltungsinternen Kommunikation mittels Bericht und Reskript, die Sammlung und Verarbeitung von Daten mittels Tabellen und die externen Kommunikationen der Verwaltungsorgane mit den Untertanen mittels Suppliken, Dispensen und Anträgen besondere Schwerpunkte[64].

[62] M. Stolleis, *Was bedeutet «Normdurchsetzung» bei Policeyordnungen der frühen Neuzeit?*, in R.H. Helmholz (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts. Festschrift für Peter Landau zum 65. Geburtstag*, Paderborn u.a. 2000, S. 740-757; K. Härter, *Social Control and the Enforcement of Police-Ordinances in Early Modern Criminal Procedure*, in H. Schilling (Hrsg.), *Institutionen, Instrumente und Akteure sozialer Kontrolle und Disziplinierung im frühneuzeitlichen Europa / Institutions, Instruments and Agents of Social Control and Discipline in Early Modern Europe*, unter redaktioneller Mitarbeit von L. Behrisch, Frankfurt a.M. 1999, S. 39-63.

[63] *Landesordnung 1755*, Tit. I § 2, S. 59, in Kurmainz 1122, *Landrecht*, 24.07.1755.

[64] A. Holenstein, *Kommunikatives Handeln im Umgang mit Policeyordnungen. Die Markgrafschaft Baden im 18. Jahrhundert*, in R.G. Asch - D. Freist (Hrsg.), *Staatsbildung als kultureller Prozess Strukturwandel und Legitimation von Herrschaft in der Frühen Neuzeit*, Köln u.a. 2005, S. 191-208; A. Holenstein, *«Gute Policey»*, S. 253-281; K. Härter, *Policey und Strafjustiz*, S. 201-210; D. Willoweit, *Gesetzespublikation und verwaltungsinterne Gesetzgebung in Preußen vor der Kodifikation*, in *Beiträge zur Rechtsgeschichte. Gedächtnisschrift für Hermann Conrad*, Paderborn 1979, S. 601-619; T. Simon, *Vom «materiellen» zum «formellen» Publikationsprinzip. Über den Wandel der Geltungsvoraussetzungen von Gesetzen im 18. und 19. Jahrhundert*, in «Zeitschrift für Neuere Rechtgeschichte», 30, 2008, S. 201-220; M.P. Schennach, *Zuschreibung und Bedeutung. Publikation und Normintensität frühneuzeitlicher Gesetze*, in «ZRG/GA», 125, 2008, S. 133-180.

Damit wurde ein öffentlich-rechtlicher Interaktionsraum normativ konstituiert, der Obrigkeit, Verwaltung und Untertanen in verschiedenen Rollen und Funktionen – Normadressaten, Normdurchsetzung, Verwaltungskontrolle und Normentstehung – einbezog. Dabei ging es aus der Perspektive der guten Policey sowohl um die Effektivierung der Normdurchsetzung, die Reglementierung, Kontrolle und Disziplinierung von Amtsträgern als auch die Rationalisierung und Formalisierung von Verwaltungshandeln und -kommunikationen. Letztere gingen folglich weit über den engeren internen Bereich der Verwaltungsinstitutionen hinaus und bezogen die Verwaltungsunterworfenen in die Verwaltungskommunikation und Verwaltungskontrolle mit ein. So gestattete und gebot bereits die Policeyordnung des Fürststifts Kempten von 1557 im Beschluss den Untertanen, Beschwerungen von Amtsträgern im Vollzug der Ordnung anzuzeigen: «wo unsern unterthanen und gottshaußleuth nichts beschwerliches von unseren vögten und amtleuth oder jemands anderen begegnen, daß sie solches uns als der mehreren obrigkeit wohl anzeigen mögen». Bezeichnenderweise war die Policeyordnung Bestandteil einer Rechtskompilation betitelt *Landesordnung oder Kemptisches allgemmeines civilgesetzgbuch de A. 1562*[65]. Insofern trugen *gute Policey* und Ordnungsgesetzgebung nicht nur wesentlich zur Ausweitung von Verwaltungsaufgaben und zur Bürokratisierung, Professionalisierung und Disziplinierung von Verwaltungshandeln bei, sondern wirkten gleichzeitig auf die «Beziehungen zwischen staatlichem Apparat und Untertanen» ein, wodurch sie «Verwaltungshandeln berechenbarer machten» – sie trugen insofern letztlich ebenfalls zur Verrechtlichung von Verwaltungshandeln bei[66].

## 8. *Schluss und Zusammenfassung*

Eine knappe Zusammenfassung der Bedeutung der *guten Policey* und vormodernen Ordnungsgesetzgebung für die Ausformung des öffentlichen Rechts im späten Mittelalter und der Frühen Neuzeit sollte sich zunächst noch einmal des methodischen Ausgangspunktes vergewissern: eines historischen Analysemodells derjenigen Normen, welche in einem spezifischen historischen Kontext die Ausübung von Herrschaft und das Beziehungsgeflecht zwischen Herrschern und Beherrschten zum Gegenstand hatten

[65] *Landesordnung oder Kemptisches allgemmeines civilgesetzgbuch de A. 1562, darin: etliche nöthige articul guter Ordnung, gesezen und pollicey 1557*, in W. Wüst (Hrsg.), *Die «gute» Policey im Reichskreis*, Bd. 1, Berlin 2001, S. 338-358, hier S. 358.

[66] M. Stolleis, *Reichspublizistik und Policeywissenschaft*, S. 359.

und funktional als vormodernes *ius publicum* gelten können. Dieses bildete einen Bestandteil der gesamten Rechtsordnung und lässt sich nicht dichotomisch dem Privatrecht gegenüberstellen oder scharf nach modernen Vorstellungen von «Recht» und «Gesetz» trennen[67]. Die vormoderne Policey- und Ordnungsgesetzgebung belegt einerseits im Hinblick auf den Normenbestand diesen vormodernen Charakter des öffentlichen Rechts, verweist aber andererseits auch auf dessen langfristige Ausdifferenzierung als universitär-wissenschaftliche Disziplin, in die sich die *gute Policey* am Ende des Ancien Régimes kaum mehr integrieren ließ. Auch wenn von der *guten Policey* keine stringente Entwicklungslinie zum Verwaltungsrecht führt, so hat diese dennoch eine wichtige Rolle für die Ausformung öffentlich-rechtlicher Normen seit dem späten Mittelalter gespielt.

Als ein erster wesentlicher Entstehungskontext erweist sich die spätmittelalterliche (Reichs-)Stadt. Ordnungsnormen mit öffentlich-rechtlichem Charakter, welche das soziale und ökonomische Verhalten der Einwohner, aber auch die kommunale Verfassung und Verwaltung reglementierten, entstanden aus dem Statutarrecht, von dem sie sich als Ordnungsgesetzgebung im 16. Jahrhundert allmählich (aber nicht vollständig) ablösten. Eine ähnliche, aber zeitlich spätere Entwicklung wurde auch für die Territorien beobachtet, wo sich mit Landes- und Policeyordnungen seit dem späten 15. Jahrhundert ebenfalls ein eigenständiger normativer Bereich der guten Ordnung und Policey ausformte. Dieser verfestigte sich in der Interaktion von städtischer, landesherrlicher und Reichsgesetzgebung zu einem eigenständigen Normenbestand – manifestiert im Typus der Policeyordnung. Mit guter Policey reagierten die vormodernen Obrigkeiten auf soziale und ökonomische Veränderungen, die sie als Krisenerscheinungen interpretierten, wobei virulente Krisen und Konflikte wie Reichsreform und Reformation einen katalytischen Einfluss hatten. In dieser Hinsicht kam der *guten Policey* die Funktion zu, normative Defizite des tradierten, feststehenden Rechts mittels flexibler Gesetzgebung auszugleichen, deren Dauerhaftigkeit ebenso wie die stetig wachsende Quantität allerdings ein Problem blieb[68]. Zu einer scharfen Trennung von anderen Rechtsbereichen kam es jedoch nicht; vielmehr adaptierte die Policeygesetzgebung andere Rechtsnormen und wies zahlreiche Überschneidungen auf. In dieser Hinsicht ließen sich die Reichspoliceyordnungen dann auch problemlos in das Reichsrecht integrieren, dem für die Ausdifferenzierung

[67] M. STOLLEIS, *Öffentliches Recht I (bis 1750)*, in A. ERLER - E. KAUFMANN - D. WERKMÜLLER (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. 3, Sp. 1189-1198.

[68] M. STOLLEIS, *Reichspublizistik und Policeywissenschaft*, S. 399.

des öffentlichen Rechts in Mitteleuropa – auch im Hinblick auf die universitäre Disziplin – eine zentrale Rolle zukam. Die damit einhergehenden Fragen der Policeygewalt (Gesetzgebungskompetenzen, Um- und Durchsetzung, Justiziabilität) unterschiedlicher Inhaber von Herrschaftsrechten sollten dann auch Autoren der Policeywissenschaft und des öffentlichen Rechts beschäftigen.

Über die Sphäre von Herrschaft hinaus konstituierte die Policeygesetzgebung einen breiteren normativ fundierten, öffentlich-rechtlichen Interaktionsraum zwischen Obrigkeit, Verwaltung und Normadressaten. Dieser ging über eine obrigkeitliche Verhaltensdisziplinierung von Untertanen mittels Policeynormen hinaus, zielte auf Steuerung, Sicherheit, ökonomischen Fortschritt und Wohlfahrt, adressierte die gesamte Gemeinschaft und bezog sowohl hinsichtlich der Normentstehung als auch der Um- und Durchsetzung der Policeygesetze die Normadressaten und die lokalen Verwaltungsorgane mit ein. Dies brachte einerseits neue Kommunikations- und Partizipationschancen für lokale Verwaltungsorgane und Untertanen, die mittels Bericht und Reskript bzw. Supplikation und Dispens in die Administrierung guter Policey integriert wurden, bedeutete andererseits aber auch eine zunehmende Verstaatlichung traditioneller intermediärer und lokaler Strukturen und die Etablierung neuer «staatlicher» Verwaltungsorgane im entstehenden vormodernen Staat. Die im 18. Jahrhundert stark zunehmende Policeygesetzgebung erwies sich dabei als ambivalenter Motor, indem sie neue Aufgabenbereiche etablierte, aber gleichzeitig das Problem der Um- und Durchsetzung der Policeynormen verschärfte und damit weiteren Handlungsdruck im Bereich der öffentlichen Verwaltung erzeugte. Insbesondere die territorialen/landesherrlichen Policeygesetze reglementierten daher seit dem 17. Jahrhundert zunehmend Verwaltungshandeln und Verwaltungskommunikation, und zwar nicht nur im Hinblick auf eine interne Disziplinierung, Professionalisierung und Rationalisierung der Verwaltung, sondern auch bezüglich der externen Beziehungen zwischen Obrigkeit, Verwaltung und Untertanen bzw. Adressaten der Policeynormen. In dieser Hinsicht kam der Policeygesetzgebung eine wichtige Funktion bezüglich der Verrechtlichung und Kontrolle von Verwaltungshandeln zu und sie konstituierte damit einen (im Vergleich zur mittelalterlichen Rechtsordnung) neuen Raum öffentlicher Ordnung und Normativität, der die vormoderne ständische Herrschafts- und Rechtsordnung zwar nicht überwinden konnte, sie aber weiter aushöhlte.

Die *gute Policey* wurde so zwar zum Ausgangspunkt für eine rudimentär öffentlich-rechtliche Kontrolle oder Verrechtlichung von Verwaltung, diese wurde jedoch unter den Bedingungen der vormodernen Rechtsord-

nung nie wirklich durchgesetzt. Denn die Policeygesetzgebung zielte auf die effektivere Umsetzung *guter Ordnung und Policey* mittels Verwaltung und deren Disziplinierung und nicht wie das im 19. Jahrhundert entstehende Verwaltungsrecht auf die rechtliche Einhegung und Kontrolle der Verwaltung bzw. des Staates: Gegen die Umsetzung von Policeygesetzen konnte beispielsweise vor dem Reichskammergericht nur geklagt werden, wenn diese altes traditionales Recht und Herkommen verletzte[69]. Die Policeygesetzgebung etablierte zwar wichtige Elemente des modernen Verwaltungsrechts, konnte letztlich aber im Ancien Régime nicht zu einem «Policeyverwaltungsrecht» und damit zum modernen Beamtenrecht fortentwickelt werden. Die vormodernen Obrigkeiten wollten gerade bezüglich der allumfassenden flexiblen guten Policey keine systematische geschlossene Verrechtlichung von Verwaltung und schon gar keine rechtliche Kodifizierung der Policeynormen oder eine Policey- bzw. Verwaltungsgerichtsbarkeit zulassen. Insbesondere dieser Umstand befeuerte die eingangs knapp skizzierte Debatte des juristisch-staatsrechtlichen Diskurses und der Policeywissenschaft um den Rechtscharakter der guten Policey und trug dazu bei, dass das Policeyrecht als juristische Disziplin an den Universitäten scheiterte. Unbenommen davon hat die Policeygesetzgebung aber entscheidend zur normativen Ausdifferenzierung und Festschreibung von Verwaltungshandeln beigetragen und damit zentrale Bereiche des späteren Verwaltungsrechts – und zwar durchaus in einem öffentlich-rechtlichen Sinn – ausgeformt und präfiguriert.

[69] B. DIESTELKAMP, *Zunftprozesse des 18. Jahrhunderts aus der Reichsstadt Wetzlar vor dem Reichskammergericht*, in S. BUCHHOLZ - P. MIKAT - D. WERKMÜLLER (Hrsg.), *Überlieferung, Bewahrung und Gestaltung in der rechtsgeschichtlichen Forschung*, Paderborn u.a. 1993, S. 69-89; K. HÄRTER, *Das Reichskammergericht als «Reichspoliceygericht»*, in F. BATTENBERG - F. RANIERI (Hrsg.), *Geschichte der Zentraljustiz in Mitteleuropa. Festschrift für Bernhard Diestelkamp zum 65. Geburtstag*, Weimar u.a. 1994, S. 237-252.

*Résumé*

IL RUOLO DELLA «GUTE POLICEY» E DELLA LEGISLAZIONE SULL'ORDINE PUBBLICO NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PUBBLICO FRA TARDO MEDIOEVO ED ETÀ MODERNA

Una pur rapida sintesi sull'importanza che ebbero la *gute Policey* e la legislazione di ordine pubblico nello sviluppo del diritto pubblico fra tardo medioevo e prima età moderna deve tornare anzitutto a chiarire, ancora una volta, un'importante premessa metodologica: è questa un'analisi storica su un complesso di norme che, in un contesto storico specifico, avevano come oggetto l'esercizio del potere e il rapporto tra sovrani e sudditi. Questo complesso di norme costituiva una parte essenziale dell'ordinamento giuridico che assunse quindi il valore funzionale di uno *ius publicum* protomoderno, benché non fosse ancora possibile contrapporlo dicotomicamente al diritto privato né individuare ripartizioni nette secondo i moderni concetti di «diritto» e di «legge»[1]. La legislazione di polizia e di ordine pubblico della prima età moderna, se da un lato, nel quadro normativo complessivo, configura dunque un diritto pubblico protomoderno, da un altro lato evoca però anche già quella differenziazione che si determinerà nel tempo rispetto a un diritto pubblico come disciplina universitaria, nel quale la *gute Policey* alla fine dell'*Ancien Régime* non potrà più integrarsi. Per quanto non sia possibile disegnare una linea di sviluppo ben definita che porti dalla *gute Policey* al diritto amministrativo, la prima ebbe sicuramente un ruolo decisivo nello sviluppo del diritto pubblico a partire dal basso medioevo.

Un primo contesto storico-politico in cui prese forma questo tipo di normative fu quello delle città imperiali tardomedievali. Molte norme pubblicistiche che regolavano il comportamento sociale ed economico degli abitanti, ma anche le istituzioni e il governo comunale, ebbero origine nel diritto statutario, dal quale si emanciparono poi gradualmente (e non completamente), come disciplina dell'ordine pubblico, solo nel corso del XVI secolo. Un'evoluzione analoga, benché successiva nel tempo, si ebbe anche negli stati territoriali tedeschi, nei quali dalla fine del secolo XV si sviluppò con le ordinanze di polizia un campo normativo indipendente: quello dell'ordine pubblico. Esso venne consolidandosi via via in una peculiare interazione fra legislazione cittadina, territoriale e imperiale, fino

[1] M. STOLLEIS, *Öffentliches Recht I (bis 1750)*, in A. ERLER - E. KAUFMANN - D. WERKMÜLLER (edd), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, III, Berlin 1984, coll. 1189-1198.

a costituire una disciplina normativa autonoma, che aveva la sua tipica fonte di produzione del diritto nelle ordinanze di polizia.

Attraverso la *gute Policey* le autorità della prima età moderna reagirono a quei cambiamenti sociali ed economici che esse interpretavano come manifestazioni di crisi e su cui avevano agito come catalizzatori conflitti violenti e trasformazioni profonde quali la Riforma imperiale, la Riforma protestante e la guerra dei contadini. Sotto questo profilo fu attribuita alla *gute Policey* la funzione di compensare i *deficit* normativi del diritto tradizionale fisso attraverso una legislazione flessibile, la cui durevolezza nel tempo e mole crescente costituirono peraltro un problema[2]. Non si arrivò ad ogni modo a una differenziazione netta rispetto ad altri campi del diritto: la legislazione di polizia adattò anzi in molti casi norme giuridiche di altra provenienza, realizzando varie intersezioni e sovrapposizioni di materie con altri settori giuridici. In questa prospettiva le ordinanze di polizia imperiali poterono essere facilmente incorporate poi in quel diritto imperiale che avrebbe avuto un ruolo centrale nell'acquisizione di autonomia da parte del diritto pubblico – anche come disciplina universitaria – in Europa. Le questioni legate al «potere di polizia» dei vari titolari di diritti sovrani (competenza legislativa, esecutiva e giurisdizionale) dovrebbero quindi essere trattati anche da studiosi di una vera e propria «scienza di polizia» e da giuspubblicisti.

Al di là della sfera della sovranità, la legislazione di polizia venne a costituire un'ancor più vasta area normativa pubblicistica d'interazione fra autorità suprema, apparato amministrativo e soggetti destinatari delle norme. Questo andava decisamente oltre una disciplina autoritativa del comportamento dei sudditi attraverso norme di polizia: mirava al controllo sociale, alla sicurezza, al progresso economico e al benessere, orientando in modo complessivo la comunità e coinvolgendo i destinatari delle norme e gli organi amministrativi locali tanto nella produzione delle norme di polizia quanto nella loro attuazione. Tutto ciò, se da un lato aprì la strada a nuove possibilità di comunicazione e partecipazione per organi amministrativi locali e sudditi, che furono integrati nell'esercizio della *gute Policey* con i meccanismi dell'esposto e del rescritto e rispettivamente della supplica e della dispensa, dall'altro significò anche una crescente statalizzazione delle tradizionali strutture intermedie e locali e l'affermarsi, nel nascente Stato moderno, di nuovi organi amministrativi statali. La legislazione di polizia, in rapida crescita nel XVIII secolo, si rivelò una

[2] M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, I: *Reichspublizistik und Policeywissenschaft (1600 bis 1800)*, München 1988, p. 399.

forza propulsiva ambivalente, che stabilì nuovi ambiti di competenza, ma allo stesso tempo acuì il problema della esecuzione delle norme di polizia, esercitando una pressione ulteriore nel campo della pubblica amministrazione. Le ordinanze di polizia territoriali, in particolare, dal XVII secolo regolarono in misura crescente l'azione e la comunicazione amministrativa, non solo nella prospettiva interna di un disciplinamento, di una professionalizzazione e di una razionalizzazione dell'amministrazione, ma anche nella prospettiva delle relazioni tra autorità, amministrazione e sudditi o destinatari delle norme. In questo senso fu proprio la legislazione di polizia a svolgere un'importante funzione di giuridicizzazione e controllo dell'attività governativa, delineando nell'ordinamento giuridico della prima età moderna uno spazio di normatività pubblica nuovo, che certo non poteva affrancarsi ancora dalle idee di sovranità e di diritto premoderne e cetualistiche, ma le erose ulteriormente.

La *gute Policey* avviò così un primo rudimentale controllo di diritto pubblico o processo di giuridicizzazione dell'amministrazione, che era destinato peraltro a non giungere mai a compimento nell'ordinamento giuridico premoderno. La legislazione di polizia infatti mirava in primo luogo ad una più efficace imposizione del buon ordine attraverso l'amministrazione e la sua attività di disciplinamento, e non – come sarebbe avvenuto col diritto amministrativo del XIX secolo – alla delimitazione e al controllo dell'amministrazione stessa o rispettivamente dello Stato. Basti ricordare che contro l'esecuzione di una norma di polizia era possibile proporre appello avanti alla Corte camerale imperiale (*Reichskammergericht*) solo nel caso in cui la norma offendesse un antico diritto tradizionale o consuetudinario[3]. Certo, la legislazione di polizia fissò vari tratti fondamentali del diritto amministrativo moderno, anche se, in ultima analisi, essa non avrebbe mai potuto evolvere nell'*Ancien Régime* in un «diritto amministrativo di polizia» (*Policeyverwaltungsrecht*) né tantomeno in un diritto del pubblico impiego (*Beamtenrecht*). Le autorità protomoderne non volevano e non avrebbero consentito una giuridicizzazione sistematica e globale dell'amministrazione, né una codificazione delle norme di polizia o la creazione di una giurisdizione di polizia o amministrativa autonoma, rispetto alla flessibile *gute Policey* di cui disponevano, in cui

[3] B. DIESTELKAMP, *Zunftprozesse des 18. Jahrhunderts aus der Reichsstadt Wetzlar vor dem Reichskammergericht*, in S. BUCHHOLZ - P. MIKAT - D. WERKMÜLLER (edd), *Überlieferung, Bewahrung und Gestaltung in der rechtsgeschichtlichen Forschung*, Paderborn - München - Wien 1993, pp. 69-89; K. HÄRTER, *Das Reichskammergericht als «Reichspoliceygericht»*, in F. BATTENBERG - F. RANIERI (edd), *Geschichte der Zentraljustiz in Mitteleuropa. Festschrift für Bernhard Diestelkamp zum 65. Geburtstag*, Weimar - Köln - Wien 1994, pp. 237-252.

poteva essere incluso tutto. Tale atteggiamento, in particolare, smorzò il dibattito giuspubblicistico e della scienza di polizia sopra accennato intorno ai caratteri giuridici della *gute Policey* e contribuì al naufragio del diritto di polizia come disciplina giuridica nelle università. Al di là di questo, la legislazione di polizia contribuì in modo decisivo alla formalizzazione della prassi amministrativa e alla sua differenziazione normativa, tratteggiando aree centrali del futuro diritto amministrativo – e tutto ciò, in particolare, in un'ottica di diritto pubblico.

*Traduzione di Lucia Bianchin*

# Dal contratto al dono: la normazione parlamentare in Sicilia fra XV e XVI secolo

di *Beatrice Pasciuta*

Nel 1446 si celebrava nella Cattedrale di Palermo il primo parlamento ordinario del regno di Sicilia[1].

L'assemblea, alla quale partecipavano i tre *bracci* del regno – aristocratico, ecclesiastico e demaniale –, era stata solennemente convocata dal vicerè Lop Ximen Durrea allo scopo di ottenere un sussidio straordinario da impiegare per il recupero del demanio regio, in gran parte alienato per sopperire alle necessità finanziarie della Corona.

Il sussidio, denominato *donativo*, veniva stanziato in cambio dell'approvazione di una serie di richieste avanzate dal regno al sovrano.

Dal sinallagma della concessione reciproca – denaro al re, nuove regole al regno – scaturiva una specialissima normazione, costruita nella forma, oltre che nella sostanza, dall'endiadi inscindibile fra richiesta e risposta. In virtù di questa specificità, i *capitula* parlamentari – ossia le richieste placitate – si collocavano nel complesso quadro normativo del regno di Sicilia come fonte potenzialmente superiore rispetto alle norme di esclusiva e diretta produzione regia.

I capitoli del parlamento del '46 erano esplicitamente definiti *lex pactata seu conventionata*; frutto di un accordo di tipo contrattuale fra il re e il suo regno, essi avevano *vim et efficaciam contractus*[2].

[1] Per una descrizione dettagliata di questo parlamento sia consentio di rinviare a B. Pasciuta, *Placet regie maiestati. Itinerari della normazione nel tardo medioevo siciliano*, Torino 2005, pp. 208-231.

[2] *Capitula regni Sicilie*, a cura di F. Testa, Panormi 1741 (d'ora in poi Testa, *Capitula*) I, p. 357; E. Mazzarese Fardella, *Osservazioni sulle leggi pazionate in Sicilia*, in «Atti dell'Accademia di Scienze Lettere e Arti di Palermo», serie IV, 1955-1956, 16, pp. 3-35 (estratto).

Il re era obbligato al rispetto del patto, e l'obbligo si fondava non sulle ragioni meramente equitative dell'*alligatio legibus* quanto su quelle giuridicamente più cogenti dello *ius naturale*.

Il primo parlamento del regno di Alfonso V il Magnanimo rappresentava dunque un momento fondamentale degli itinerari normativi sperimentati nel regno di Sicilia: il punto di arrivo di un lunghissimo percorso istituzionale e insieme il punto di partenza di nuovi assetti politici ma anche giuridici che avrebbero riformulato il rapporto fra re e regno.

La gestazione era durata a lungo. Lo spazio assembleare siciliano era stato formalmente istituito nel 1296 da Federico III sul modello delle *cortes* iberiche, che avevano visto la luce nel decennio precedente[3]. Nella costituzione *Cordi nobis* emanata dal nuovo re di Sicilia all'atto della sua incoronazione, si prevedeva che la *generalis curia* sarebbe stata convocata dal sovrano con cadenza annuale, «ad providendum nobiscum, procurandum, et exaltandum nostrae Maiestatis, ipsius insulae, et omnium, specialiter Siculorum, statum salutiferum et felicem» e inoltre «ad examinandum etiam, et puniendum iustitiariorum, iudicum, notariorum et officialium quorumlibet defectus, negligentias, et excessus»[4]. Un organo, quindi, che avrebbe dovuto decidere su ambiti di interesse collettivo e giudicare sull'operato degli ufficiali pubblici, inclusi i notai.

Si delineava così, nel disegno costituzionale della neonata monarchia indipendente isolana, un'area di intervento e di giurisdizione che sarebbe stata formalmente sottratta all'esclusività della decisione sovrana e affidata ad una assemblea della quale, per espresso volere del re, avrebbero fatto parte gli esponenti dell'aristocrazia e i rappresentanti delle città demaniali.

[3] Sulle *cortes* dei regni di Aragona e di Valencia e della Catalogna cfr. per tutti L. González Antón, *Las Cortes de Aragón,* Zaragoza 1978 e E. Sarasa Sánchez, *La cortes de Aragón. Actualidad permanente, reinterpretación y aprovechamiento historiográfico*, in *Historia de las Cortes de Castilla y León*, Valladolid 1988, pp. 491-542; T. Montagut i Estragués, *Pactisme o absolutisme a Catalunya: les grans instituciones de govern (s. XV-XVII)*, in «Anuario de Historia Medieval», 19, 1989, pp. 669-679 e i saggi raccolti nei volumi *El pactismo en la Historia de España*, Madrid 1980, *Les Corts a Catalunya. Actes del Congrés d'Història Institucional*, Barcelona 1991 e *Las Cortes de Castilla y León en la Edad Media*, Valladolid 1988; per le analogie e le differenze con il parlamento del regno di Sicilia cfr. B. Pasciuta, *Forme della rappresentanza nel regno di Sicilia: circolazione di modelli istituzionali nella Corona d'Aragona*, in *La Corona de Aragón en el centro de su historia 1208-1458. La Monarquía aragonesa y los reinos de la Corona (Zaragoza y Monzón 1-4 dic. 2008)*, a cura di A. Sesma Muñoz, Zaragoza 2010, pp. 415-418.

[4] Federico III, cost. *Cordi Nobis*, in Testa, *Capitula*, I, p. 48.

L'introduzione della dimensione assembleare nel quadro istituzionale del regno costituiva una sorta di bilanciamento, di equilibrio, in un contesto – la monarchia siciliana – che si era strutturato in una prospettiva decisamente policentrica: domini signorili, città demaniali, clero, corona incarnavano schematicamente queste macro-aggregazioni politiche e sociali alle quali, ovviamente, corrispondevano altrettanti modi di declinare la dimensione giuridica, propria di ciascuna e al suo interno ulteriormente diversificata grazie al gioco delle relazioni dei diritti dei singoli[5].

Le decisioni assunte in seno alla *generalis curia* sarebbero state cogenti anche per il sovrano che esplicitamente richiamandosi al *topos* della *lex Digna vox* (*Cod.* 1.14.4) si sarebbe sottomesso per *equitas* al rispetto delle decisioni condivise con il suo regno[6].

Le travagliate vicende politiche del lungo trecento siciliano avrebbero procrastinato fino alla fine del secolo l'inizio della sperimentazione del nuovo assetto istituzionale[7].

[5] P. CORRAO, *Centri e periferie nelle monarchie meridionali del tardo medioevo. Note sul caso siciliano*, in G. CHITTOLINI - A. MOLHO - P. SCHIERA, *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medievo ed età moderna* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Quaderni, 39), Bologna 1994, pp. 389-409; B. PASCIUTA, *Gerarchie e policentrismo nel regno di Sicilia. L'esempio del Tribunale Civile di Palermo (sec. XIV)*, in «Quaderni Storici», NS, 97, 1998, pp. 143-169. Per un quadro delle vicende che condussero, dopo la rivolta antiangiona del Vespro del 1282, all'incoronazione di Pietro II e poi del figlio Giacomo II sul trono di Sicilia e quindi al distacco dell'isola dai regni iberici nel 1296 e alla nascita di un regno indipendente cfr. V. D'ALESSANDRO, *Politica e società nella Sicilia aragonese*, Palermo 1963; dello stesso autore, *La Sicilia dal Vespro a Ferdinando il Cattolico*, in *Storia d'Italia*, a cura di G. GALASSO, XVI: *La Sicilia dal Vespro all'Unità*, Torino 1989, pp. 2-95; specificamente sul regno di Federico III cfr. inoltre i saggi contenuti in M. GANCI - V. D'ALESSANDRO - R. SCAGLIONE GUCCIONE (edd), *Federico III d'Aragona re di Sicilia (1296-1337)*, Atti del convegno, in «Archivio Storico Siciliano», serie IV, 23, 1997.

[6] «... Et quae etiam in praedicta curia ordinata fuerint et statuta, per nos et subiectos nostros inviolabiliter volumus observari, existimantes aequissimum principem legibus teneri suis nec pati sibi licere quod aliis interdixit»; Federico III, cost. *Cordi Nobis*, in TESTA, *Capitula*, p. 48. Sulla centralità della *lex digna vox* nell'esegesi dei giuristi medievali, oltre ai classici studi di F. CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità. Studio di diritto comune pubblico*, Milano 1957, e E. CORTESE, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico* medioevale, Roma 1982, cfr. per tutti D. QUAGLIONI, *Sovranità*, Roma - Bari 2004, pp. 25-32; e da ultimo, dello stesso autore, *Dal costituzionalismo medievale al costituzionalismo moderno*, in «Annali del Dipartimento di Storia del Diritto. Università di Palermo», 52, 2007-2008, pp. 53-67.

[7] La vacanza della sede regia, a partire dal 1348, apriva una lunga crisi nel governo del regno e accendeva lo scontro fra fazioni; nel 1362 la guerra civile approdava alla spartizione dell'isola fra i quattro più potenti rappresentanti dell'aristocrazia isolana –

Nel 1398 Martino I, nuovo sovrano di Sicilia, convocava il regno in assemblea, a Siracusa.

Era il primo tentativo di applicazione della cost. *Cordi nobis*, seppure con alcune particolarità, dettate dall'eccezionalità del momento: il Parlamento era in quel contesto il luogo, fisico ma soprattutto politico, che meglio si prestava a manifestare concretamente la pacificazione del regno dopo la guerra civile e il ripristino del legittimo potere del sovrano.

La griglia fissata da Martino restringeva gli ambiti di discussione a quattro: *domus* regia, castelli, genti d'arme, uffici e ufficiali. Su questi punti il re si dichiarava disposto ad ascoltare e accogliere le richieste provenienti dall'assemblea: questi erano evidentemente gli ambiti dove maggiore sarebbe stato il risultato in termini di consenso e di pacificazione sociale, gli ambiti sui quali si sarebbe appoggiata la nuova ossatura costituzionale di un regno composito, del quale il re era pur sempre e soltanto una delle componenti.

In quel contesto, per la prima volta, la contrattazione fra le componenti che animavano la dialettica politica del regno si materializzava concretamente, producendo norme di portata generale composte appunto dalla richiesta avanzata dal regno e dal *placet* del sovrano. D'ora in avanti le norme parlamentari, denominate *Capitula*, si sarebbero affiancate alle tradizionali norme di esclusiva e diretta iniziativa regia – Costituzioni e Prammatiche[8] – a voler rappresentare, anche formalmente, l'esistenza di un nuovo spazio, politico e giuridico, nel quale si sarebbero concordate e contrattate le questioni di interesse collettivo.

La sottomissione del *princeps* alla legge cominciava allora a perdere il suo originario connotato volontaristico ed equitativo per trasformarsi in una *alligatio* dai contorni decisamente più vincolanti: Martino placitava la richiesta di non derogare, nè consentire alcuna deroga a «privilegia, consuetudines, usus, libertates et immunitates totius regni et singulorum

Manfredi Chiaromonte, Artale Alagona, Francesco Ventimiglia e Guglielmo Peralta – che avrebbero dato avvio al governo del Vicariato collettivo, come formali rappresentanti e tutori dell'erede al trono, Maria, poi moglie del futuro sovrano di Sicilia, Martino I; su questo periodo rimangono esemplari le pagine di R. GREGORIO, *Considerazioni sopra la storia di Sicilia dai tempi normanni sino ai presenti*, Palermo 1805-1816, rist. anast. a cura di A. SAITTA, Palermo 1972, II, pp. 261-346 ma cfr. anche F. GIUNTA, *Aragonesi e Catalani nel Mediterraneo*, I: *Dal regno al viceregno in Sicilia*, Palermo 1953; D'ALESSANDRO, *Politica e società*, cit.; P. CORRAO, *Governare un regno. Potere società e istituzioni in Sicilia fra Trecento e Quattrocento*, Napoli 1991, pp. 35-132.

[8] B. PASCIUTA, *Placet*, cit., pp. 29-71.

locorum» e a ritenere nullo qualsiasi provvedimento in contrario[9] e l'intero *corpus* dei capitoli veniva approvato e confermato dal re e dal suo consiglio «regali iuramento»[10].

L'eccezionalità della situazione politica spingeva, tuttavia, a non chiedere alcun sussidio: il prezzo che il regno pagava per l'approvazione delle proprie richieste sembrava essere la fedeltà al nuovo sovrano e il consenso alla sua politica[11].

Come ho detto, quello di Siracusa costituiva un episodio di sperimentazione istituzionale, ma destinato a rimanere isolato ancora a lungo. La prima metà del XV secolo, infatti, portava con sè ulteriori cambiamenti nell'assetto istituzionale del regno: la prematura morte di Martino I e le vicende dinastiche conseguenti avrebbero legato la Sicilia al complesso sistema della Corona d'Aragona, affidando il governo dell'isola a soggetti delegati del re[12].

L'interlocuzione del regno con il sovrano seguiva allora i canali che potremmo definire personali – il privilegio e la concessione in deroga – mentre l'attività normativa era affidata esclusivamente all'iniziativa del re. In questo senso si caratterizza la prima parte del lungo regno di Alfonso V il Magnanimo, quella cioè che dal 1418 va fino al 1446: da una parte, un'azione politica per così dire «privata», fatta di concessioni e alienazioni di consistenti porzioni del demanio regio per finanziare le casse della corona e dall'altra un'azione pubblica molto incisiva, che si sostanzia nella produzione di corpose leggi-ordinamento, indirizzate a riformare profondamente il tessuto istituzionale del regno siciliano[13].

La Prammatica che funge da proemio alla prima legislazione di riforma delle magistrature giudiziarie del regno, data nel 1433[14] – e che significa-

[9] MARTINO, cap. XX (TESTA, *Capitula*, I, p. 147).

[10] TESTA, *Capitula*, I, p. 150.

[11] B. PASCIUTA, *Il primo Parlamento: Siracusa 1398*, in P. CORRAO - E.I. MINEO (edd), *Dentro e fuori la Sicilia. Studi di storia per Vincenzo D'Alessandro*, Roma 2009, pp. 193 ss.

[12] P. CORRAO, *Governare un regno*, cit., pp. 307 ss.

[13] I principali ambiti sui quali intervengono le leggi alfonsine della fase pre-parlamantare sono gli apparati giudiziari centrali del regno (1433), il sistema fiscale, con particolare riguardo al commercio estero e al regime fiscale delle esportazioni granarie e le competenze degli ufficiali locali, regi ed eletti in seno alle città demaniali (1434), le procedure in uso nei tribunali del regno con il *Ritus Magne Regie Curie* (1446); su questa legislazione cfr. B. PASCIUTA, *Placet*, cit., pp. 146-190.

[14] F.P. DI BLASI, *Pragmaticae Sanctiones regni Siciliae*, Panormi 1791, t. I, pp. 40-41.

tivamente apre il *corpus* delle leggi di Alfonso nella raccolta ufficiale dei *Capitula regni Sicilie* curata da Francesco Testa nel 1741[15] – rappresenta il manifesto ideologico della politica del diritto perseguita da Alfonso e dal suo *entourage*.

Alfonso è il principe-legislatore; sua è la potestà, ma anche il dovere, di modificare ciò che va modificato. L'argomentazione politica è condotta con gli strumenti dell'erudizione di stampo marcatamente umanistico e con l'ausilio delle più grandi *auctoritates* che in quel torno d'anni avrebbero costituito l'apparato retorico-filosofico degli intellettuali delle corti rinascimentali. L'incipit fuga ogni incertezza, ricorrendo – alquanto pionieristicamente[16] – a Platone. «Legimus apud Platonem de Reipublice institutione: iustitie amorem animis infundendum»: la giustizia è la chiave per governare non soltanto la *respublica* ma anche un ristretto gruppo di individui e perfino la più piccola delle case e quindi il dovere principale del sovrano è ricercare con attenzione tutto ciò che non è giusto e correggerlo con l'ausilio di un nuovo comando. Non più quindi il mantenimento dell'antico diritto – buono, appunto, in quanto affidato alla tradizione – ma la consapevolezza che la legge non può in astratto prevedere ogni circostanza; essa è piuttosto soluzione contingente, funzionale alle esigenze della società che la produce e pertanto è vincolata alle inesorabili leggi del tempo, al cambiamento e alla decadenza, soggetta «ad nature varietatem eisuque machinationes».

Il *princeps* – la cui istituzione è dovuta al concorso di natura e ragione – deve e soltanto lui può in quanto *lex animata* correggere, emendare e supplire alle lacune e alle storture della legge[17].

Scendendo nel concreto, Alfonso si premura di chiarire che il regno di Sicilia, sua preziosa e principale eredità, ha bisogno di nuove forme e di una nuova struttura e pertanto a questa necessità il sovrano deve rispondere, imponendo nuove leggi e correggendo quelle antiche. Ma, nonostante questa insistita riaffermazione del *topos* del *princeps-lex animata*,

[15] B. PASCIUTA, *Placet*, cit., pp. 46-54.

[16] A. WOLF, *«Legimus apud Platonem». Una legge alfonsina del 1433 per la Sicilia nel suo contesto europeo*, in G. D'AGOSTINO - G. BUFFARDI (edd), *La Corona d'Aragona ai tempi di Alfonso il Magnanimo. I modelli politico-istituzionali. La circolazione degli uomini, delle idee, delle merci. Gli influssi sulla società e sul costume*, Atti del convegno, Napoli 2000, I, p. 837.

[17] «Nature igitur et rationi consentaneum fuit principem eligere, ut is tamquam animata lex leges emendet et suppleat cum emendatione supplicationeve locus foret»; F.P. DI BLASI, *Pragmaticae*, cit., p. 40.

che sembra quasi voler giustificare un atto che veniva presentato come espressione di volontà unilaterale, proprio quella legge era emanata con il voto del Consiglio regio, al quale avevano partecipato *prelati comites ceterique barones.*

La potestà legislativa è certamente prerogativa esclusiva del re e tuttavia le leggi generali vengono date con l'approvazione del Consiglio, un organo che partecipa di molteplici interessi e che in qualche misura incarna la struttura intimamente policentrica del regno.

E allora, quella che si presenta come una rinnovata *absolutio legibus*, nel solco di una tradizione letteraria e giuridica ben nota, è piuttosto manifestazione di una nuova politica del diritto: se ancora nel 1433 Alfonso affermava la preminenza della legge del re su tutte le altre fonti normative, ribadendo l'ampia possibilità di deroga connessa alla prerogativa della *legibus solutio*[18], tuttavia la dichiarata esigenza di ampio consenso, necessario per rendere operanti quelle leggi[19], dava l'avvio ad un lungo e graduale percorso che potremmo definire di condivisione della funzione legislativa e che sarebbe arrivato a compimento nel 1446, con la celebrazione del parlamento.

Il ricorso allo strumento parlamentare si giustificava, politicamente, con il ruolo fondamentale che il regno di Sicilia aveva svolto, in termini di risorse finanziarie ed umane, per la riuscita dell'*Amprisia*, la conquista del regno di Napoli[20].

[18] «Hac nostra generali lege, per omnia loca regni valitura, statuimus et ordinamus ... consuetudine, licet longeva que coruptela censenda est, privilegiis sub quacumque verborum forma emanatis, quibus nostre reipublice beneficio etiam si opus fuerit ex certa sciencia et potestate regia legibus absoluta derogari volumus non obstantibus» ALFONSO, cap. LXXI; TESTA, *Capitula*, I, p. 230.

[19] «Et ut maiori cum diligentia leges nostre custodiri et servari queant, circa eos qui iustitie et legibus nostris preerunt intendendum est. Nam etsi in presentiarum plures iustitie presint ex eorum tamen pkuralitate nonnisi confusio quedam ut ex multitudine persepe evenit nasci solet: unde ludibrium esset leges ferre, nisi sint qui iura rite et recte reddere valeant»; F.P. DI BLASI, *Pragmaticae*, cit., p. 41.

[20] Sulla politica mediterranea di Alfonso V e in particolare sulla conquista di Napoli cfr. gli ormai classici studi di E. PONTIERI, *Alfonso V d'Aragona nel quadro della politica italiana*, in *Estudios sobre Alfonso el Magnanimo*, Barcelona 1960, pp. 245-307, e, dello stesso autore, *Alfonso il Magnanimo re di Napol 1435-1458*, Napoli 1975 e di A. RYDER, *The Kingdom of Naples under Alfonso the Maganimous*, Oxford 1976, e, dello stesso autore, *Alfonso the Magnanimous. King of Aragon, Naples and Sicily (1396-1458)*, Oxford 1990. Sul tema cfr. pure P. CORRAO, *Progettare lo stato, costruire la politica: Alfonso il Magnanimo e i regni italiani*, in A. CALZONA - F.P. FIORE - A. TENENTI - C. VASOLI (edd), *Il Principe Architetto*, Atti del convegno, Firenze 2002, pp. 223-232.

Stabilizzatasi la situazione politica, si rendeva necessaria una interlocuzione con la Sicilia che fosse più evidente e più formalizzata. Era indispensabile che vi fosse un luogo, fisico politico ma anche e soprattutto giuridico, in cui svolgere una contrattazione che assumeva sempre più marcatamente i contorni della ritualità.

E così il parlamento del 1446, a differenza dell'esperimento siracusano, conteneva ed utilizzava tutti gli elementi già sperimentati dai rituali parlamentari iberici: il discorso di apertura, nel quale il re – o il suo delegato – motivava la convocazione dell'assemblea e richiedeva un sussidio straordinario; la divisione dell'assemblea in bracci; la presentazione dei capitoli al re a mezzo di ambasciatori; l'esame delle richieste da parte del re e del suo consiglio; la risposta del sovrano data e apposta in calce ad ogni singola richiesta e infine il giuramento e la promulgazione delle norme, inserite nella cornice di un privilegio e come tale concesso dal re al suo regno[21]. La formula di concessione utilizzava un vocabolario giuridico particolarmente significativo: «preinserta omnia et singula capitula ... in vim et formam privilegiorum atque libertatum legumque pactionatarum nullo umquam tempore irrevocabilium concedimus, firmamus atque iuramus»[22].

Alfonso giurava e insieme concedeva e i capitoli avevano insieme e contemporaneamente forza e forma di privilegio e di *libertas*, erano *leges pactionate* irrevocabili e valide in ogni tempo.

Le norme entravano in vigore in quanto formalmente concesse dal sovrano ma l'efficacia delle singole disposizioni, l'elemento sostanziale di questa tipologia normativa, risiedeva nel patto, nell'impegno contrattuale che legava il re al regno.

Il parlamento vero e proprio, infatti, si chiudeva con la stipula di un contratto solenne, dove, con estrema precisione e chiarezza, le parti si obbligavano al rispetto degli impegni reciprocamente assunti in quella sede. Il re giurava, *per se et soi successori in perpetuum*, di osservare i capitoli approvati, di annullare e far ritenere nulla qualsiasi disposizione contraria, comprese quelle contenenti la clausola «de potestate absoluta», e di rinunciare al potere di deroga o di dispensa riguardo alle materie oggetto di quella normazione. Il regno in cambio pagava 150.000 fiorini.

[21] Il privilegio e i capitoli del Parlamento del 1446 sono editi in TESTA, *Capitula*, I, pp. 333-358. B. PASCIUTA, *Placet*, cit., pp. 208-230.

[22] TESTA, *Capitula*, I, p. 357.

e con estrema chiarezza nel testo del capitolo si ribadiva che «li presenti ordinationi et capitoli sono contracti facti con lo regno pro pretio predicto»[23].

Il *corpus* dei capitoli approvati nel parlamento del 1446 partecipava dunque degli elementi del privilegio e di quelli del contratto: una commistione fra 'pubblico' e 'privato' che lungi dall'essere manifestazione di poca chiarezza, poggiava solidamente su riflessioni consolidate da tempo in dottrina. E così nel commento alla *Digna vox* (*Cod.* 1.14.4) Bartolo, sulla scorta di Cino, aveva affermato che, nonostante sia sciolto dal vincolo della legge e si sottometta ad essa *de voluntate* e non *de necessitate*, tuttavia l'Imperatore che fa un patto con una città è tenuto a rispettarlo poichè «pacta sunt de iure gentium ... et iura gentium sunt immutabilia»; e ancora Baldo, nel commento a *Donationes quas divus* (*Cod.* 5.16.26) aveva posto l'accento sul valore di legge del patto stipulato dall'imperatore: «Contractus qui celebratur cum imperatore vel augusta habet vim legis ... Unde nota quod contractus transit interdum in legem et contra lex quandoque transit in contractum nominativum ... vel innominatum ut si resultat facio ut des».

Lo strumentario concettuale consolidato dai giuristi di diritto comune veniva utilizzato in chiave eminentemente politica dalla dottrina giuridica di area iberica per affermare il valore gerarchicamente preminente delle normazioni parlamentari e la vincolatività che da esse derivava[24].

«En quoy plusieurs s'abusent, qui font une confusion des loix et des contracts du Prince, qu'ils appellent loix: aussi bien que celuy qui appelle les contracts du Prince, loix pactionnees»[25]: in questo notissimo passaggio del primo libro della *Republique*, Jean Bodin chiamava in causa i principali giuristi italiani della scuola del commento, da Bartolo a Baldo a Paolo di Castro e ancora Antonio da Butrio, Giovanni da Imola, Nicolò Tedeschi e Felino Sandei, per giungere fino alla dottrina iberica della metà del Quattrocento, impersonata principalmente nel valenciano Pere Belluga[26].

La critica di Bodin si appuntava con grande decisione e chiarezza proprio sulle interpretazioni che i giuristi iberici fornivano del sistema vigente nei

[23] ALFONSO, cap. 407, in TESTA, *Capitula*, I, p. 356.

[24] A. GARCÍA GALLO, *El derecho en el «Speculum Principis» de Belluga*, in «Anuario de historia del derecho español», 42, 1972, pp. 212-215.

[25] J. BODIN, *Les six livres de la Republique*, s.l., ed. Cartier, 1608, l.1.VIII, p. 134.

[26] J. BODIN, *I sei libri dello stato*, a cura di M. ISNARDI PARENTE, I, Torino 1964, p. 363, nota *a*.

regni della Corona d'Aragona: «quand le Roy fait quelque ordonnance à la requeste des estats, et qu'il en reçoit argent, ou quelque subside, ils disent que le Roy est tenu: et quant aux autres loix, qu'il n'y est point tenu»[27]. Questa teoria veniva confutata puntando sull'intrinseca differenza fra legge e patto, afferenti secondo Bodin a due ambiti che in nessun modo possono essere accostati. La legge è infatti prerogativa esclusiva del sovrano e come tale non può vincolarlo in alcun modo, il patto invece, afferendo ad una sfera altrimenti regolata dal *ius naturale*, rende il principe soltanto un contraente e lo vincola, in riguardo alla volontà della controparte:

«Il ne faut donc pas confondre la loy et le contract: car la loy depend de celuy qui a la souveraineté, qui peut obliger tout les subiects, et ne s'y peut obliger soy mesme: et la convention est mutuelle entre le Prince et les subiects, qui oblige le deux parties reciproquement: et ne peut l'une des parties y contrevenir au preiudice et sans le consentement de l'autre, et le Prince en ce cas n'a rien par dessus le subiect»[28].

Il riferimento esplicito era alla teoria esposta, oltre un secolo prima, da Pere Belluga, la cui opera principale, lo *Speculum principum*, Bodin conosce e assume come punto di riferimento per le sue conoscenze sul regime istituzionale della Corona d'Aragona[29].

Non è certamente questa la sede per analizzare nel dettaglio la polemica di Bodin nei confronti di Belluga. Ma tuttavia è particolarmente significativo che dopo oltre un secolo dalla pubblicazione dello *Speculum*, il giurista tolosano sentisse ancora il bisogno di confutare direttamente il valenciano ponendo l'accento sulle incongruenze strutturali del presunto rapporto paritetico fra il sovrano e le *cortes*, teorizzato dallo stesso Belluga: «aussi est-il impossible et incompatible que le Roy d'Arragon eust moins de puissance que les estats d'Arragon, veu que le mesme autheur Bellugue dit, que les estats ne peuvent s'assembler s'il n'y a mandement expres du roy»[30].

[27] J. BODIN, *Les six livres de la Republique*, cit.

[28] *Ibidem*, p. 135. Sul punto M. ISNARDI PARENTE, *Introduzione*, in J. BODIN, *I sei libri dello stato*, cit., pp. 44-45 e D. QUAGLIONI, *Giuramento e sovranità. Il giuramento come limite della sovranità nella «Republique» di Jean Bodin e nelle sue fonti*, in P. PRODI - E. MÜLLER-LUCKNER (edd), *Glaube und Eid*, München 1993, p. 107.

[29] Pere BELLUGA, *Speculum principum ... una cum addiotionibus et commentariis Camilli Borrelli*, Venetiis, I. Anielli, 1580 (d'ora in poi BELLUGA, *Speculum*).

[30] J. BODIN, *Les six livres de la Republique*, cit., p. 120. Sulla polemica fra Bodin e Belluga cfr. D. QUAGLIONI, *Giuramento e sovranità*, cit., pp. 107-108; A. MARONGIU, *Lo «speculum principum» del valenzano Pere Belluga*, in *La Corona de Aragón en el siglo* XIV, Atti del convegno, 2 voll., Zaragoza 1970, II, pp. 62-63.

Lo *Speculum principum* era stato composto da Belluga e offerto proprio ad Alfonso V, nel 1441[31]. Lungi dall'inserirsi nel solco dei manuali di educazione del principe, era invece un testo giuridico con il quale si intendeva offrire al re uno strumento per meglio utilizzare le prerogative di governo: «ad te igitur, ut regem et principem et dominum dirigo sermones meos, ut decidas, corrigas et emendes quia tuo sunt omnia parata iudicio»[32].

Il rapporto fra il *princeps* e la *curia*, ossia il parlamento, è considerato l'elemento portante, la caratteristica essenziale, la giustificazione stessa del governo del *princeps*, al punto che il trattato viene definito dallo stesso Belluga *speculum curiale* e che alle prerogative, competenze e ruolo delle decisioni curiali, ossia le decisioni prese in seno alle assemblee, ai parlamenti è dedicata la prima parte dell'opera[33].

Belluga insiste in maniera quasi ossessiva sul punto fondamentale che sarà in seguito oggetto della critica di Bodin, ossia sul significato profondo della normativa prodotta in seno alle assemblee parlamentari.

Posto che al re spetta la prerogativa di fare le leggi, tuttavia i sovrani sono soliti emanare le leggi generali *cum consilio procerum in curia congregatorum*; e, avverte Belluga senza esitazioni, se queste leggi promulgate in parlamento sono accompagnate dal pagamento di una somma di denaro allora *transeunt in contractum*. La *lex pactionata* diventa un contratto e, secondo la *communis opinio* dei giuristi civilisti, «lex quae transit in contractum efficitur irrevocabilis». Le leggi pazionate, allora, sono un tipo speciale di norma, sono irrevocabili e vincolano il *princeps*, in quanto lo rendono parte di un rapporto di tipo contrattuale[34].

[31] Nel Proemio all'opera, il giurista valenciano riferisce che proprio Alfonso, destinatario dell'opera, gli avrebbe suggerito il titolo: «Speculum principis intitulari mandasti, ut in hoc speculo sapientiae et iustitiae prospiciens, salus et incolumitas tui populi conservetur»; BELLUGA, *Speculum*, p. 1r, col. b.

[32] BELLUGA, *Speculum*, Proemio, p. 1r col. a; GARCÍA GALLO, *El derecho en el «Speculum Principis»* cit., pp. 204-205. Sullo *Speculum* cfr. inoltre MARONGIU, *Lo «speculum principum»*, cit., e A. DE BENEDICTIS, *Introduzione* a A. DE BENDICTIS - A. PISAPIA (edd), *Specula principum*, Frankfurt a.M. 1999; E. CORTESE, *Il tramonto del mito dell'Impero universale. Un parere di Oldrado e la sua fortuna in Spagna tra Tre e Quattrocento (da Iacobus Ciianis a Petrus Belluga e Rodericus Sancius de Arévalo)*, in O. CONDORELLI (ed), *«Panta rei» Studi dedicati a M. Bellomo*, Roma 2004, II, pp. 23-67.

[33] «Existimavi hoc Speculum Principis curiale edere et de curia pricipaliter intendere, et congruis sub titulis, praedictas pertractare materias»; BELLUGA, *Speculum*, p. 3r, col. a.

[34] BELLUGA, *Speculum*, rubr. 2, p. 7r, coll. a-b.

Certamente il *princeps* mantiene la prerogativa di cambiare o revocare le proprie leggi *ad nutum*, mantiene dunque il ruolo canonizzato dalla *Digna vox*; e tuttavia se la legge è contrattata, ossia pazionata, essa partecipa della natura del contratto: il re e i suoi successori, dunque saranno ad essa *alligati*, non in forza di una scelta di *equitas*, ma in forza della *iustitia naturalis*, presente nel contratto in quanto tale. I legisti, aggiunge Belluga, tengono questa opinione *pro evangelio* e questa regola è accolta anche dai canonisti[35].

E tuttavia, proprio dalla riflessione della canonistica classica, più compiutamente con Innocenzo IV nel commento all decr. *In nostra* (X 5.37.8), muoveva la mitigazione del principio che così formulato avrebbe sancito l'assoluta vincolatività del patto e quindi una limitazione evidente della potestà normativa del *princeps*: in analogia con la disciplina del contratto fra i privati, la legge pazionata poteva essere revocata soltanto per giusta causa e *maxima necessitas*[36].

Il diritto canonico, dunque, come di consueto, offriva una interpetazione flessibile e poneva giuridicamente al riparo il sistema politico da una rigidità che mal si adattava alla sua complessità strutturale; il principio della revoca per causa dettata da somma necessità, peraltro, era prerogativa dell'atto normativo in tutte le sue forme, e applicabile anche alle iniziative provenienti dalla diretta ed unilaterale volontà del re: «nam ad causam iustam maxime necessitatis revocatur et privilegium et lex et pragmatica sanctio»[37]. Quindi, si affretta a ribadire Belluga, nonostante il potere normativo sia proprio e peculiare del *princeps*, il vantaggio di promulgare norme in sede colleggiale non si esaurisce con considerazioni etiche relative ad un atto di *humanitas* del re; politicamente, infatti sarà assai più efficace una norma emanata «in curia cum consilio procerum» che non una norma data dal sovrano autoritativamente, e questo è valido anche per le disposizioni che vengono date senza il pagamento di alcun sussidio, ossia per le leggi che non assumono la caratteristica contrattuale[38].

[35] «Et hoc habet communis schola legistarum, et habent hoc pro evangelio quod lex que transit in contractum efficitur irrevocabilis, quare concenserunt qui leduntur, tam quo ad subditos, quam ad extraneos»; BELLUGA, *Speculum*, p. 7r, col. b.

[36] «Ratio eius est satis generalis dicens quod subditi possunt cum causa iure suo privari»; BELLUGA, *Speculum*, p. 7r col. b.

[37] BELLUGA, *Speculum*, p. 7r col. b.

[38] «Nam tales leges in curia vel in consilio factas, quamvis princeps posset eas tollere, si non essent pactionales, vel transissent in contractum tamen contra tales leges in curia, vel cum consilio factas, princeps rescribendo, nisi de illis expressam mentionem faciat in

Il trattato di Belluga mostra un'attenzione costante al confronto fra due piani di osservazione: da una parte la teoria, la pura dottrina giuridica, il diritto comune, dall'altra la prassi o in una parola gli usi della politica.

La constatazione che il principe, secondo il dettato normativo, convoca il parlamento innanzitutto per decidere e garantire *iustitia et pax regni*[39] è infatti mitigata dall'osservazione assai più pragmatica delle motivazioni per le quali *hodiernis temporibus* il principe suole riunire l'assemblea: e così all'ideale principio di garanzia della concordia del regno si sovrappone la necessità di chiedere al regno sussidi straordinari in cambio della concessione di ciò che il regno chiede[40].

La dinamica del patto, dunque, è generata dalla consuetudine e dalla *necessitas*; essa stringe il principe e lo vincola, lo inserisce in un ruolo che il piano del diritto pubblico aveva decisamente negato. La dicotomia pubblico-privato diventa allora integrazione fra due ambiti certamente distinti, ma forse meno lontani di quanto appaia. E così ogni concessione che il principe fa dietro pagamento è un contratto – *transit in contractum* – è vincolante poichè il *princeps* diventa parte ed è legato alle regole della irrevocabilità del patto. Di contro, ogni contratto stipulato con il principe ha forza di legge, transita dunque dall'ambito che per comodità definiamo del diritto privato a quello che cerchiamo di definire come diritto pubblico.

In questa 'zona grigia' rappresentata dalla normazione parlamentare – spazio giuridico in cui concorrono e si integrano i due macro-ambiti della scienza del diritto – la dottrina risolve l'aporia evidente fra legge e contratto, individuando il punto di contatto nella convergenza fra diritto naturale e diritto privato: riportando l'opinione di vari giuristi fra cui specialmente Cino nel commento alla *lex Digna vox*, Belluga asserisce che il principe «potest contrahere cum suis fidelibus: quia civilis ratio et naturalis ratio cooperantur»[41].

rescripto, non valet rescriptum, nec tollitur legis dispositio»; BELLUGA, *Speculum*, p. 7r col. b.

[39] BELLUGA, *Speculum,* rubr. 8, p. 23v, col. b.

[40] «Licet aliquando maxime hodiernis temporibus princeps, ob necessitatem soleat subventiones petere a vasallis, offert se tamen iustitiam facturum et reparaturum ad usatitia bono publico leges foros et privilegia concessurum, que utilia et necessaria regno sibi videbuntur, ut plenius videri potest in libris curie»; BELLUGA, *Speculum*, rubr. 8, p. 24r, col. a.

[41] BELLUGA, *Speculum*, rubr. 47, p. 214v, col. b.

La riflessione dottrinale non lascia spazio a dubbi o incertezze: una volta chiarito il fondamento giuridico che consente al *princeps*, nella sua qualità pubblica, di diventare parte in un accordo privato, allora è necessario definire le tipologie di questa contrattualistica, precisarne il vocabolario, le forme, i confini.

Tutto ciò che il principe concede dietro pagamento di denaro – sia che si tratti di beni demaniali o di uffici sia che si tratti di leggi generali – è una vendita, «etiam si princeps uteretur ... verbo indulgemus vel simili»[42]. E questo vale anche per il cosiddetto donativo, ossia la somma di denaro che il regno offre al sovrano in cambio delle leggi. Con estrema efficacia espressiva Belluga ribadisce che questo donativo è in realtà il prezzo pagato per acquistare le leggi: «Nam licet dicatur donativum curie est precium – sic licet princeps dicat 'indulgemus' est venditio»[43].

La terminologia dunque, se analizzata tecnicamente, e oltre la retorica fissata dai ruoli, conduce a disegnare una nuova realtà dei rapporti interni al regno, una realtà in cui i soggetti che animano la scena politica – il *princeps*, i sudditi e tutte le componenti istituzionali – trovano nel campo ben conosciuto del contratto il proprio terreno di comunicazione.

Nella rubrica dedicata al donativo, Belluga si chiede, in base alla definizione giuridica di *donum* come atto di *liberalitas*, ricavata da *Dig.* 39.5.1. pr., «quod donum vel que donatio est ista que in principem confertur a regnicolis pro subvenienda principis necessitate vel pro habendis vel obtinendis foris et privilegiis a principe in curia presidente»[44].

Appare evidente che il denaro che il regno versa al principe per ottenere l'approvazione dei capitoli non è un dono ma un prezzo[45] e pertanto il *princeps* diventa venditore, parte del contratto e come tale è vincolato in forza del *ius gentium*[46].

[42] «Si princeps recepit precium pro concessione legis vel privilegiis significat venditionem etiam si princeps uteretur hoc verbo, indulgemus, vel simili et esset contractus irrevocabilis et non privilegium»; BELLUGA, *Speculum*, rubr. 43, p. 198r, col. b.

[43] BELLUGA, *Speculum*, rubr. 43, p. 198r, col. b.

[44] BELLUGA, *Speculum*, rubr. 46, pp. 203v col. b e 204r col. a.

[45] «Sed videtur quod nullo modo possit dici donum sive donativum: quia si donatur pro obtinendis foris et privilegiis a principe hoc non est donum sed precium et loco precii habetur»; BELLUGA, *Speculum*, rubr. 46, p. 204r, col. a.

[46] «Quia princeps contractus iure gentium per quos dominium queritur vult firmos esse ... item quia princeps contractibus iure gentium etiam cum subditis initis obligatur quanto plus debet observari facere aliorum contractus»; BELLUGA, *Speculum*, p. 204v, col. b.

Analogamente non si può parlare di dono quando la sovvenzione viene chiesta per una specifica necessità del principe: in questo caso tutti i sudditi sono obbligati al pagamento e quindi viene meno il presupposto stesso del dono: «Non ergo exercetur liberalitas in necessitate»[47].

Secondo Belluga l'unico caso in cui il donativo può essere correttamente considerato *munus* è quando il *sussidium* è dato dal regno per contribuire, senza alcun obbligo o in forza di una qualche specifica necessità, a spese fatte dal principe e che il regno ritiene giuste:

«Adverte ergo tu curialis, quia aut donatur principi in curia presidenti gratuito propter impensas circa curiam per eum factas aut quia in gravaminibus administravit iustitiam et sic sine pacto ex post, et hoc gratuitum donum est et hoc donativum curie appellatur ... quia magnificentia vel liberalitas est subditorum erga dominum quia pro iustitia administranda nil principi subditi vel eius officialibus dare tenetur»[48].

La giusta causa, dunque, configura la fattispecie del *donum gratuitum*, assimilato a quello che *in prelatis* viene chiamato *charitativum subsidium*, ossia il vero e proprio *munus*. Le caratteristiche del *munus* sono la gratuità e la revocabilità *ad nutum*. Il *munus* dunque non genera un vincolo giuridico fra chi da e chi riceve, è un atto di pura liberalità, è un soccorso che con carità si presta a chi ne ha bisogno[49].

La riflessione di Belluga sulla dicotomia contratto-dono sembrava suggerire e anticipare uno slittamento semantico, che si sarebbe concretamente realizzato al termine della lunga età alfonsina.

La connotazione esplicitamente contrattualistica, presente nella normazione del 1446, che avrebbe marcato anche i tre successivi parlamenti alfonsini[50], cominciava a stemperarsi già a partire dal primo parlamento celebrato durante il regno del suo successore, Giovanni, nel 1474. Nonostante, infatti, i capitoli concessi avessero «vimque et efficaciam contractus legisque pactionate seu conventionate» tuttavia il donativo

[47] BELLUGA, *Speculum*, p. 204r, col. a.

[48] BELLUGA, *Speculum*, p. 205r, col. b.

[49] BELLUGA, *Speculum*, p. 205r, col. b e p. 205v, col. a.

[50] I capitoli del Parlamento del 1451 venivano approvati «in formam privilegiorum atque libertatum legum pactionatarum nullo umquam tempore irrevocabilium»; TESTA, *Capitula*, I, p. 375; quelli del 1452 «vicem pactionate legis et inviolabilis contractus»; TESTA, *Capitula*, I, p. 396 e , analogamente, i capitoli dell'ultimo parlamento alfonsino, celebrato nel 1456, avevano secondo il sovrano «vim pactionate legis et inviolabilis contractus»; TESTA, *Capitula*, I, p. 425.

era già definito «exiguum munus quod tenue atque exile regnum ipsum tanto humanissimo principi offert»[51].

Nei successivi parlamenti convocati da Ferdinando il Cattolico, a partire dal 1488, lo slittamento semantico fra contratto e privilegio sembrava consolidarsi definitivamente.

Al patto e al vocabolario legato alla vincolatività reciproca delle *leges pactate*, allo scambio di cosa contro prezzo, si sostituiva adesso il dono, il *munus*, che conferiva, con la sua terminologia, un'apparente autonomia al momento contributivo e a quello normativo, identificato nella concessione sovrana.

Il donativo, offerto nel parlamento del 1488, era un sussidio straordinario, motivato dall'imminente guerra che Ferdinando stava intraprendendo contro il regno di Granada; contestualmente all'invio della prima rata il regno faceva pervenire al sovrano alcune richieste che supplicava venissero concesse. Il re prendeva atto dell'*optimus animus* del suo regno e accettava il donativo *grata voluntate*[52]. Contrariamente a quanto avvenuto in precedenza, i capitoli venivano accolti solo in parte e entravano in vigore, secondo quanto disposto in calce a ciascuno, per concessione del sovrano. *Concedimus, laudamus et approbamus* recita la conclusione del privilegio: nessun riferimento al donativo, nè tantomeno alla natura contrattata delle leggi o al patto stipulato fra il re e il suo regno.

Analogo vocabolario nei successivi parlamenti. Nel 1505, il regno pregava il sovrano di voler accettare *libere* un contributo per il mantenimento della flotta armata e delle truppe di terra impiegate specialmente nelle città costiere per la difesa dalla scorrerie turche e per scongiurare il pericolo di un'invasione dell'isola. Ancora una volta il sovrano accettava *grato animo* e acconsentiva ad accogliere parzalmente le richieste avanzate dal regno[53].

Nel 1514 il regno offriva 300.000 fiorini per «demonstrari ... lo isvixerato amuri» verso il proprio sovrano, donava «spontaneamenti» e il re accettava «grato et hilari animo»; i capitoli venivano approvati e concessi «per amori et benevolentia grandi»[54].

[51] TESTA, *Capitula*, I, pp. 504 e 499.

[52] TESTA, *Capitula*, I, p. 526.

[53] TESTA, *Capitula*, I, pp. 541-542.

[54] TESTA, *Capitula*, I, pp. 567-568, 600-601.

Un sondaggio effettuato nei parlamenti celebrati durante il regno di Carlo V conferma il definitivo abbandono di ogni riferimento al contratto: il donativo è ormai un dono e i capitoli sono una concessione. È evidente che non si tratta di un mutato rapporto di forza fra il re e il regno, quanto piuttosto di una maturata consapevolezza dei rispettivi ambiti di azione, delle rispettive *iurisdictiones*. Lo spazio parlamentare, pienamente a regime, rimane il luogo dell'affermazione identitaria del regno, il luogo della mediazione e della fissazione di parametri di tipo costituzionale.

L'interlocuzione tuttavia avviene adesso non più fra due parti – venditore e acquirente – ma fra due soggetti politici, che possono abbandonare le garanzie del diritto privato per servirsi di quelle ormai altrettanto efficaci del diritto pubblico.

Il regno dona al sovrano, lo aiuta nei momenti di difficoltà; e l'offerta del dono – sempre accompagnata dalla precisazione dell'enorme sacrifico che esso comporta per le esauste tasche dei siciliani – è motivata dalla consapevolezza di dovere agire per il bene pubblico.

Il re, dal canto suo, sempre per la stessa causa – ossia il bene pubblico – ascolta le richieste del regno e provvede di conseguenza.

I due momenti sono volutamente svincolati, non vi è alcuna relazione formale fra le due azioni. I soggetti agiscono in totale autonomia e le rispettive azioni sono unilaterali: il regno dona, il re concede. L'acquisizione delle nuove categorie giuridiche, in cui lo spazio del vincolo contrattuale è adesso occupato dalla gratuità dell'azione, dimostra che la forza del rapporto reciproco è tale da non aver più bisogno di quelle garanzie offerte dal diritto privato e ossessivamente invocate da Belluga.

E l'utilizzo del nuovo vocabolario della liberalità e della volontà per sancire la garanzia del rispetto reciproco degli accordi è, a mio avviso, la manifestazione inequivocabile di questa nuova consapevolezza.

*Résumé*

VOM VERTRAG ZUM GESCHENK: DIE PARLAMENTARISCHE GESETZGEBUNG IN SIZILIEN ZWISCHEN 15. UND 16. JAHRHUNDERT

Die Einführung der Dimension der Versammlungs in den institutionellen Rahmen des Königreichs Sizilien Ende des 13. Jahrhunderts ist eine Art Austarieren in einem Kontext, der sich in einer polyzentrischen Perspektive strukturiert hatte: signorile Herrschaften, reichsunmittelbare Städte, Klerus und die Krone verkörperten schematisch diese politischen und sozialen Makro-Aggregationen, denen natürlich genauso viele Darstellungsformen der juristischen Dimension entsprachen, die ihnen jeweils inhärent und im Inneren dank des Spiels der Beziehungen der Rechte der Einzelnen weiter diversifiziert waren. Die Beschlüsse, die in der *generalis curia* gefasst wurden, wären auch für den Herrscher verbindlich gewesen, der sich unter ausdrücklicher Berufung auf den *topos* der *lex Digna vox* (*Cod.* 1.14.4) aus *equitas* dem Respekt der in seinem Reich ergangenen Beschlüsse fügt. Die beschwerlichen politischen Angelegenheiten des langen sizilianischen 14. Jahrhunderts sollten den Beginn der Einführung der neuen institutionellen Ordnung bis Ende des Jahrhunderts hinauszögern: das erste Parlament wurde 1398 in Syracus gehalten, und in jenem Kontext materialisierten sich zum ersten Mal konkret die Verhandlungen unter den Komponenten, die die politische Dialektik des Reichs belebten: sie brachte Normen allgemeiner Reichweite hervor, die aus dem Ersuchen von Seiten des Reichs und dem *placet* des Herrschers zusammengesetzt waren. Von nun an sollten sich die *Capitula* genannten parlamentarischen Normen zu den traditionellen Normen exklusiver und direkter königlicher Initiative stellen – *Costituzioni* und *Prammatiche* – im Wunsch auch formell die Existenz eines neuen politischen und rechtlichen Raums zu repräsentieren, in dem Fragen von kollektivem Interesse vereinbart und verhandelt werden sollten. Die Unterwerfung des *princeps* unter das Gesetz begann so ihr ursprüngliches Merkmal von Freiwilligkeit und Gleichheit einzubüßen und verwandelte sich langsam in eine *alligatio* mit eindeutig verbindlicheren Umrissen. Im Parlament des Jahres 1446, dem zweiten, nach einer mehr als 40 Jahre währenden Pause, zeigte sich der Prozess der *alligatio* des Fürsten an die ausgehandelten Normen deutlich: es handelte sich um einen feierlichen Vertrag, in dem sich die Parteien – also der Herrscher und das Königreich Sizilien – zum Respekt der in jenem Sitz angenommen Verpflichtungen verbürgten. Die rechtspolitische Behandlung des Thema der sogenannten *leges pactate* und des ganz besonderen Wertes der getroffenen Übereinkunft zwischen dem Herrscher und den Untertanen ging von den Überlegungen Bartolus' aus und hatte seinen

Höhepunkt in den Reflexionen Jean Bodins und dessen Kritik am *Speculum principis* von Pere Belluga aus Valenzia. Wenn dieser der lautstärkste Verfechter Unwiderruflichkeit des ausgehandelten Gesetzes und seiner absoluten Verbindlichkeit war, begann Bodin ausdrücklich den Wert jener Verträge anzufechten, indem er deren legislative Natur bestritt, da das Gesetz Ausdruck des unilateralen Willens des Königs sei.

Ab 1480 werden die parlamentarischen Normen nicht länger für Geld bewilligt, sondern die beiden Momente – also die Gesetzgebung und die Zahlung des Donativums – werden gesondert aufgeführt und theoretisch voneinander getrennt beide als Schenkungen präsentiert: der König schenkt dem Königreich die Gesetze, die jenes erbittet, und das Königreich schenkt dem Souverän eine Geldsumme, um ihm in seinen Angelegenheiten zu helfen.

Die semantische Verschiebung vom Vertrag zum Geschenk scheint unter dem Einfluss der rechtspolitischen Debatte zum Wert des Gesetzes und dessen bindender Kraft zu stehen und nimmt diese teils gar vorweg: das Erlangen neuer juristischer Kategorien, in denen die vertragliche Bindung von der Unentgeltlichkeit der Handlung abhängt, beweist, dass die Kraft der gegenseitigen Beziehung nun, ohne jene Garantie auskommten muss, die das Privatrecht in Sachen Vertag bot, und das neue Vokabular der Liberalität und des Wunsches, die Garantie des gegenseitigen Respekts der Vereinbarung zu bekräftigen, ist die unmissverständliche Manifestation dieses neuen Bewusstseins.

*Übersetzung von Friederike Oursin*

2.

## *Problemi dottrinali tra diritto pubblico e privato / Probleme zwischen öffentlichem und privatem Recht in der Rechtswissenschaft*



# La dottrina feudistica italiana fra tradizione medievale e modernità

di *Christian Zendri*

«Intellectum tibi dabo et instruam te in via hac qua gradieris»[1]. Con queste parole si apre il proemio della celebre *lectura* dedicata da Baldo degli Ubaldi ai *Libri feudorum*. Come avvertiva ormai quasi vent'anni fa Cristina Danusso in quella che, a tutt'oggi, è l'unica monografia dedicata alla *lectura* baldesca, si tratta certo di una delle opere meno esplorate di Baldo, seppure toccata «di scorcio sia da alcune tra le numerose indagini sull'opera del dottore perugino, sia dai vari contributi inerenti alle istituzioni feudali del tardo medioevo»[2].

Le ragioni del (relativo) disinteresse per questo scritto di colui che fu, senza dubbio, il maggior civilista della seconda metà del Trecento sono da ricercarsi, con ogni probabilità, nel carattere tutto sommato 'sorprendente' degli interessi feudistici di Baldo. Come ha scritto Ennio Cortese,

> «colpisce l'impegno di Baldo sui feudi. Non perché fosse una novità ... Ma, nell'Italia padana, sembrava che nel tardo Trecento il diritto feudale non entrasse più nei normali

[1] *Psal.* 8, 31, in riferimento a BALDO DEGLI UBALDI, *Super feudis*, Lugduni, In officina Iacobi Myt, 1522, *Prohemium*, c. 2*r*B.

[2] C. DANUSSO, *Ricerche sulla 'Lectura feudorum' di Baldo degli Ubaldi* (Università degli Studi di Milano. Pubblicazioni dell'Istituto di Storia del diritto italiano, 16), Milano 1991, pp. 1-2. La Danusso è ritornata sulla *Lectura* di Baldo, da ultimo, in *Baldo e i Libri feudorum*, in C. FROVA - M.G. NICO OTTAVIANI - S. ZUCCHINI (edd), *VI Centenario della morte di Baldo degli Ubaldi, 1400-2000*, Perugia 2005, pp. 289-311, ma senza novità di rilievo. Osservazioni importanti invece in D. QUAGLIONI, *Il diritto comune pubblico e le leggi di Roncaglia. Nuove testimonianze sulla l. «Omnis iurisdictio»*, in G. DILCHER - D. QUAGLIONI (edd), *Gli inizi del diritto pubblico. L'età di Federico Barbarossa: legislazione e scienza del diritto / Die Anfänge des öffentlichen Rechts. Gesetzgebung im Zeitalter Friedrich Barbarossas und das Gelehrte Recht* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Contributi/Beiträge, 19), Bologna - Berlin 2007, pp. 47-63, qui pp. 59-61. Mi permetto inoltre di ricordare C. ZENDRI, *Elementi canonistici nella «Compilatio Antiqua» dei «Libri feudorum»*, in G. DILCHER - D. QUAGLIONI (edd), *Gli inizi del diritto pubblico*, cit., pp. 231-253, qui p. 251. Sulla tradizione della *lectura* baldesca, infine, cfr. V. COLLI, *L'esemplare di dedica e la tradizione del testo della «Lectura super usibus feudorum» di Baldo degli Ubaldi*, in «Ius commune», 27, 2000, pp. 69-117, qui pp. 74-77.

itinerari didattici quand'ecco l'ormai vecchio Baldo pavese, alla fine del secolo, prodursi in un commento forse legato a qualche corso di lezioni, forse ispirato da Gian Galeazzo Visconti, comunque primo annuncio del mutar dei vènti: nel Quattro e Cinquecento infatti la feudistica tornerà in gran voga»[3].

In verità, come la stessa Danusso ha scritto, sono incerte le ragioni immediate che spinsero Baldo a compiere un'opera che si presentava, per molti aspetti, singolare. Certo vi è la possibilità, già sostenuta dal Savigny, che la *lectura* si leghi strettamente a uno o più corsi forse tenuti da Baldo a Pavia, dove era giunto nel 1390, proveniente da Perugia[4]. Tuttavia, in quegli anni il Ducato di Milano, sotto la guida di Gian Galeazzo Visconti, era alle prese con un profondo sforzo di riorganizzazione interna, tra la concessione di privilegi imperiali e un crescente controllo sui poteri locali, che vedeva proprio nel feudo e nel diritto feudale uno strumento privilegiato per la realizzazione dei disegni ducali[5]. Di qui, si può supporre, un vivo interesse per la feudistica, che potrebbe avere giustificato lo sforzo compiuto da Baldo. D'altro canto, egli stesso ha lasciato una precisa traccia di ciò, in un luogo del proemio della sua *lectura*, dove spiega di aver riflettuto a lungo intorno al modo di manifestare la sua gratitudine per Gian Galeazzo Visconti, in ragione certo delle sue qualità, ma anche per averlo voluto a Pavia, come titolare della «primaria cathedra». Si è quindi risolto a scrivere la sua opera sui feudi, che offrono l'occasione di trattare della nobiltà e della saggezza degli uomini nobili, della costanza e dell'integra fede, dell'onestà dei costumi e della consuetudine naturale:

«Mecum ipse quam plura animo revolvens, et ab observantia perfecte gratitudinis sepissime concitatus erga magnificentissimum principem Ioannem Galeam inclyte domus Vicecomitum splendorem, ac nomine et re virtutum comitem necnon invictissimum ducem, ad aliquod

[3] E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II: *Il basso medioevo*, Roma 1995, p. 441. Non vi è, però, nessuna prova che Baldo abbia mai tenuto un corso sul diritto feudale secondo K. PENNINGTON, *Baldus de Ubaldis*, in «Rivista Internazionale di Diritto Comune», 8, 1997, pp. 35-61, qui pp. 49-50.

[4] C. DANUSSO, *Ricerche*, cit., p. 12 e ivi nota 7; inoltre F.K. VON SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, VI: *Das 14. und. 15 Jahrhundert*, Aalen 1986 (rist. dell'ed. 1850$^2$), p. 241.

[5] C. DANUSSO, *Ricerche*, cit., pp. 12-17 ricorda a questo proposito gli studi condotti da G. CHITTOLINI, in particolare nel classico *La formazione dello Stato regionale e le istituzioni del contado. Secoli XIV e XV* (Piccola Biblioteca Einaudi, 375), Torino 1979, soprattutto le pp. 36-100: 51-58; si devono ora aggiungere gli scritti di F. CENGARLE, *Immagine di potere e prassi di governo. La politica feudale di Filippo Maria Visconti* (I libri di Viella, 57), Roma 2006, pp. 61-86, e, della stessa autrice, *Vassalli et subditi: una proposta d'indagine a partire dal caso lombardo (XV-XVI secolo)*, in «Rechtsgeschichte», 13, 2008, pp. 117-132, con bibliografia. A proposito del libro della Cengarle, mi permetto di rinviare anche alla mia nota, apparsa in «Il pensiero politico», 39, 2007, 3, pp. 580B-582A.

munusculum ei offerendum conari debere, quod vere illi et decens et gratum esse possit. Et eo maxime cum in ornatissimo suo papiensi gymnasio primariam cathedram ipso autore immerito possideam. Pro ingenioli nostri facultate onus assumpsi super usibus feudorum scribere, ubi de nobilitate et nobilium virorum prudentia, de constantia et integra fide, de honestate morum et nature consuetudinibus plurimum pertractatur»[6].

Sono, queste, ragioni che permettono di collocare lo sforzo di Baldo, e più in generale l'intera tradizione feudistica in un ambito di grande interesse giuspubblicistico, superando una volta di più la tradizione ottocentesca, soprattutto tedesca, che tendeva a relegare il diritto feudale nella dimensione privatistica, specialmente in relazione alla proprietà fondiaria, e accogliendo invece la proposta di lettura pubblicistica avanzata con grande lucidità, a suo tempo, da Heinrich Mitteis, e da allora entrata a far parte dei consolidati canoni interpretativi storiografici, pur con qualche ambiguità derivata, talora, dall'uso non sempre inequivoco del termine-concetto *Staatsrecht*[7].

La *lectura* baldesca fu subito accolta dalla tradizione giuridica come uno dei monumenti più alti della feudistica. Una quarantina d'anni dopo Iacopo Alvarotti, in una ponderosa sintesi di diritto feudale pubblicata, a quanto se ne sa, nel 1438, non poteva non menzionare proprio Baldo, «doctor illustris», e la sua opera come uno degli esempi più significativi di trattazione feudistica[8]. E a oltre un secolo di distanza, Ulrich Zasius, inaugurando

[6] BALDO DEGLI UBALDI, *Super feudis*, cit., *Prohemium*, c. 2*v*A.

[7] Il riferimento a Mitteis concerne, naturalmente, *Lehnrecht und Staatsgewalt. Untersuchungen zur mittelalterlichen Verfassungsgeschichte*, Weimar 1958, *passim* e pp. 176-206, qui pp. 204-206, 703. Sulle orme di Mitteis, molti hanno poi approfondito la questione. Qui ricordo solo F. MERZBACHER, *Kirchenrecht und Lehnrecht*, in «Österreichisches Archiv für Kirchenrecht», 12, 1961, 2, pp. 113-131, con riferimento alla dimensione canonistica; G. DROEGE, *Landrecht und Lehnrecht im hohen Mittelalter*, Bonn 1969, p. 13; E. WYLUDA, *Lehnrecht und Beamtentum. Studien zur Entstehung des preußischen Beamtentums* (Schriften zur Verfassungsgeschichte, 9), Berlin 1969, pp. 40-41; una sintesi del problema in K.-H. SPIESS, *Lehn(s)recht, Lehnswesen*, in A. ERLER - E. KAUFMANN (edd), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, II, Berlin 1978, coll. 1725-1741, qui coll. 1726. Un'indicazione non priva di interesse, almeno per lo stato della questione fino alla fine del secolo XVIII, deriva dal fatto che precettore del futuro Giuseppe II d'Asburgo in materia di diritto naturale, delle genti, pubblico e feudale fu Christian August Beck (1720-1784), professore di diritto pubblico e feudale alla Theresianische Ritterakademie in Wien; cfr. H. CONRAD, *Einleitung*, in H. CONRAD (ed), *Recht und Verfassung des Reiches in der Zeit Maria Theresias. Die Vorträge zum Unterricht des Erzherzogs Joseph im Natur- und Völkerrecht sowie im Deutschen Staats- und Lehnrecht* (Wissenschaftliche Abhandlungen der Arbeitgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, 28), Köln - Opladen 1964, pp. 1-24, qui p. 6.

[8] IACOPO ALVAROTTI, [*Super feudis*], Venetiis, s.n. 1477, *Proemio*, c. n.n.

in Germania la stagione dell'Umanesimo giuridico, e ponendo in forma scritta un suo celebre corso di diritto feudale, non poteva mancare di ricordare l'opera di Baldo fra i suoi punti di riferimento più importanti[9].

Accingendosi a studiare un'opera così significativa, la storiografia ha notato peraltro un fatto che balza subito agli occhi. La *lectura* baldesca è preceduta da un ampio proemio[10]. Ciò non è, per sé, un fatto nuovo. Anche altre trattazioni feudistiche non mancavano di parti proemiali più o meno sviluppate. Ad esempio lo Pseudo-Belleperche introduceva la propria trattazione con niente di più che una sorta di breve sommario:

«Tractaturus ergo de feudis, primo videndum est quid sit feudum. Secundo unde dicatur. Tertio de forma iuramenti fidelitatis. Quarto quis potest dare feudum. Quinto quibus personis dari possunt. Sexto quae res dari possunt. Septimo quibus modis constituitur feudum. Octavo qualiter acquiritur. Nono quibus modis alienatur fedum. Decimo quibus casibus amittitur. Undecimo de fructibus feudi post amissionem. Duodecimo qui succedunt in feudum. Tertiodecimo de investitura qualiter fiat et per quos testes probetur. Quartodecimo quis sit iudex feudi. Quintodecimo quo iure feudum petatur. Sextodecimo quibus modis vel casibus vassallus a fidelitate domini liberetur»[11].

Iacopo da Belviso, autore di un *apparatus* che si presenta, in verità, come un vero trattato, e che avrà, come vedremo meglio, grande importanza per Baldo e per la dottrina feudistica successiva, è solo apparentemente più diffuso nella sua esposizione. Infatti, il proemio che anch'egli premette alla trattazione vera e propria, è in fondo null'altro che un lungo sommario, che anticipa l'*Arbor feudorum* con la relativa *Declaratio* che figureranno in testa ai *Libri feudorum* nelle edizioni cinquecentesche, opera di Pierre Rebuffi[12].

Effettivamente, Iacopo si limita a enunciare brevemente la sua intenzione di trattare della materia feudale, ben distinta da quella di *ius commune*:

[9] Ulrich Zasius, *In usus feudorum epitome*, in *Opera*, IV, Lugduni, Apud Sebastianum Gryphium, 1550, *passim*.

[10] Baldo degli Ubaldi, *Super feudis*, cit., *Prohemium*, cc. 2*r*B-7*v*B.

[11] [Ps.] Pierre de Belleperche, *Tractatus de feudis*, in Petrus de Bellapertica, *Quaestiones vel distinctiones* (Opera iuridica rariora, 11), Bologna 1970, che riproduce *Questiones auree et singulares ... Petri de Bella Pertica*, Lugduni, impensis honesti viri Symonis Vincent dicte civitatis civis et bibliopole, arte et industria Anthonii du Ry eiusdem artis calcographi, 1517, c. 161*v*A. Su quest'opera feudistica, e sulla sua attribuzione, in sintesi cfr. E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*, II, cit., pp. 404-405, soprattutto la nota 40, con attribuzione dell'opera, e relativa bibliografia, a un Giovanni Fazioli, pisano (1223-1286).

[12] Su cui mi permetto di rinviare a C. Zendri, *Rebuffi (Rebuffe, Rebuffus) Pierre*, in *Dictionnaire historique des juristes français (XIIe-XXe siècle)*, Paris 2007, pp. 656B-657B.

«Liber iste quem annuente domino lecturi sumus liber usus seu consuetudinum feudorum nuncupatur verum quia propriam habet naturam, nec sequitur ordinem nec stilum librorum iuris civilis. Et quia brevis et compendiosa narratio solet auditorum animos excitare et ad retinendum facilius informare, ideo utile fore putavi omittere prefationes consuetas hic nec utiles nec necessarias, secutus consilium Gaii fidelissimi legum interpretis, ff. de origine iuris, l. i, et modernorum brevitate gaudentium qui etiam syllabam unam non necessariam apponunt ... Et huius libri materiam rudem specialem et propriam extraneam et separatam multimode a iure communi per distinctiones volumus aperire, que multum operantur ... Videamus igitur primo quid sit feudum seu beneficium, unde dicatur feudum seu beneficium, deinde qualiter distinguatur feudum. Item qualiter feudum acquiratur. Item qualiter feudum constituatur. Que persone possunt feudum dare, et que accipere, et que res in feudum dari possunt, et quibus modis feudum amittatur. Item qualiter cause feudi examinentur de his et aliis suis locis plenius pertractabimus, et ideo de his ad presens breviter pertranseamus. Advertatis ista declarant totam materiam de usibus feudorum incognitam»[13].

Il proemio di Iacopo prosegue ancora abbastanza ampiamente (circa due colonne nell'edizione lionese del 1511 qui utilizzata), presentandosi però come uno sviluppo dei punti sintetizzati più sopra.

Ciò che colpisce, in queste trattazioni, è l'assenza di qualsiasi cenno al problema dell'autenticità dei *Libri feudorum* che, lo vedremo, tanta parte ha nel proemio di Baldo.

La cosa non è sfuggita alla Danusso, che alla questione ha dedicato un'*Appendice* nella sua monografia dedicata alla *lectura* baldesca, osservando che «è molto probabile che i dubbi sull'effettiva autorità dei *Libri feudorum* avessero preso consistenza solo all'inizio del '300, giacché nei lavori feudistici precedenti il problema non veniva neppure lontanamente sollevato»[14]. La stessa Danusso nota che la questione è trattata esplicitamente, per la prima volta, da Andrea d'Isernia e Iacopo da Belviso[15]. Occorre osservare, però, che Iacopo non ne parla nel proemio, ma nel corso della trattazione[16], il che non è, credo, senza significato.

[13] IACOBUS DE BELVISO, *Commentarii in Authenticum et consuetudines feudorum* (Opera iuridica rariora, 12), Bologna 1971, che riproduce *Utriusque iuris famosissimi monarche Iacobi de Belviso ... aurea lectura, summa autenticorum consuetudinesque et usus feudorum elucidans felici incipit exordio*, Lugduni, per magistrum Iacobum Sachon, 1511, c. 80*v*A.

[14] C. DANUSSO, *Ricerche*, cit., p. 151.

[15] *Ibidem*, p. 152. Su tutta la questione la Danusso ha redatto un'agile sintesi in *Federico II e i Libri feudorum*, in *Studi di storia del diritto*, I (Università degli Studi di Milano. Facoltà di Giurisprudenza. Pubblicazioni dell'Istituto di Storia del diritto italiano, 19), Milano 1996, pp. 47-78.

[16] Precisamente a proposito di *LF* I, 1, 4; cfr. IACOBUS DE BELVISO, *Commentarii*, cit., ad loc. cit., c. 82vA-B.

Secondo la Danusso la ragione dell'emersione relativamente tarda del problema dell'autenticità dei *Libri*, deve essere ricercata nei profondi mutamenti politici del tardo Medio Evo, quando, «in seguito al consolidarsi di ordinamenti politici rivendicanti una propria autonomia, iniziarono a emergere anche a livello dottrinale le prime incrinature nella costruzione della postulata unità politica dell'Impero universale e nella conseguente preminenza assoluta dello *ius commune*», per cui «si cominciò ad avvertire l'esigenza di verificare il fondamento di legittimità e l'ambito di applicazione delle varie fonti esistenti. Tra queste spiccavano, appunto, i *Libri feudorum*, la cui ambigua identità non poteva passare inosservata»[17]. Quindi, sarebbe stata la crisi dell'universale autorità imperiale, mandando in crisi quella, altrettanto universale e assoluta, del diritto comune, a costringere i giuristi a ripensare ciò che, fino a quel momento, era stato dato per scontato.

Accanto a questo, occorre però ricordare anche dell'altro. In anni recenti, la storiografia giuridica ha riveduto sempre più diffusamente e intensamente la visione tradizionale del complesso passaggio dal Medio Evo alla modernità, che si incarna nell'Umanesimo giuridico[18]. In particolare ha sottolineato l'affacciarsi, già nel Trecento, di motivi che possiamo considerare schiettamente umanistici[19]. Ora, è indubbio che anche il venir meno delle autorità universali medievali, e l'affermazione di strutture politiche nuove, rappresentino essi pure un tratto che annuncia i tempi

[17] C. DANUSSO, *Ricerche*, cit., p. 152.

[18] Dopo i classici studi di F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano 1970, pp. 183-205, e *Medio Evo del diritto*, I: *Le fonti*, Milano 1954, pp. 597-606, come anche, a vario titolo, pp. 607-629, di D. MAFFEI, *Gli inizi dell'Umanesimo giuridico*, Milano 1956, in generale, e qui soprattutto pp. 11-78, occorre ricordare, in generale, almeno E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II, cit., pp. 453-484, ma soprattutto i contributi di D. QUAGLIONI, *Tra bartolisti e antibartolisti*, in F. LIOTTA (ed), *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, Bologna 1999, pp. 185-212, nonché, sintesi di un intero orizzonte di problemi e dibattiti, D. QUAGLIONI, *Introduzione*, in ALBERICO GENTILI, *Il diritto di guerra (De iure belli libri III, 1598)*, Milano 2008, pp. IX-XXXIII. Mi permetto di rinviare anche a C. ZENDRI, *Pierre Grégoire tra «leges» e «mores». Studi sulla pubblicistica francese del tardo Cinquecento* (Archivio di testi e studi per la storia del diritto medioevale e moderno, 11), Bologna 2007, in particolare le pp. 1-21.

[19] Cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma - Bari 2008, pp. 67-83, nonché E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II, cit., pp. 382 e 464-466, e soprattutto D. QUAGLIONI, *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna 2004, pp. 83-97, e, dello stesso autore, *La sovranità* (Biblioteca Essenziale Laterza, 56), Roma - Bari 2004, pp. 17-35; Quaglioni è tornato recentissimamente sulla questione in *Sovranità. Un paradigma premoderno*, in U. POMARICI (ed), *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, Torino 2007, pp. 549-561.

nuovi, ma credo che si possa fare qualche passo più oltre. Occorre ricordare, ad esempio, un sermone dottorale di Bartolo da Sassoferrato, su cui ha richiamato l'attenzione, molto recentemente, Diego Quaglioni. In quel discorso, destinato ad essere pronunciato in un'occasione solenne, e quindi adattissima ad affrontare questioni generalissime, Bartolo è impegnato a tutelare da par suo l'autorità del diritto civile, o, meglio, della *civilis sapientia*. Egli insiste molto sull'intrinseca perfezione della scienza giuridica civilistica, essa sola autosufficiente, essa sola capace di sostenere, con la propria autorità, tutte le altre discipline. Solo la sacra teologia, aggiunge il giurista, può essere considerata sovraordinata alla *civilis sapientia*[20]. Diego Quaglioni ha sottolineato che un tale discorso, con la sua insistenza sulla supremazia culturale del *ius civile* e della sua scienza, suggerisce che, in realtà, tale supremazia non fosse forse così salda. Fa pensare che i giuristi avvertissero ormai, non a caso nel secolo di Dante e, soprattutto, di Petrarca, la necessità di difendere un primato che, fin lì, avevano considerato tutto sommato pacifico, un primato, si badi bene, che, almeno da questo punto di vista, non ha tanto a che fare con il passaggio dall'epoca del diritto comune assoluto a quella del diritto comune sussidiario, per usare le parole di Francesco Calasso, quanto con istanze e motivi che saranno propri, in forma più matura, dell'Umanesimo giuridico, di quella «disputa delle arti», o anche «disputa del diritto» o «sul diritto», che è in realtà una disputa sulla gerarchia dei saperi e sul connesso ordine sociale, e che costituisce uno dei tratti salienti del dibattito quattro-cinquecentesco[21].

Tenendo conto di ciò, anche l'insistenza di Baldo, nel proemio della *lectura*, sul problema dell'autenticità dei *Libri feudorum*, acquista, credo, sfumature diverse e più ricche. Potremmo trovarci di fronte, quindi, al

[20] Ha posto in rilievo l'importanza di questo luogo bartoliano D. QUAGLIONI, *La giustizia nel Medio evo e nella prima età moderna*, cit., pp. 85-87.

[21] Su questo problema, dopo il classico E. GARIN (ed), *La disputa delle arti nel Quattrocento* (Edizione nazionale dei classici del pensiero italiano, 9), Firenze 1947, ora disponibile anche nella nuova edizione (Il pensiero italiano, 1) Roma 1982, e le importanti osservazioni in D. MAFFEI, *Gli inizi*, cit., pp. 66-78, si veda D. QUAGLIONI, *Autosufficienza e primato del diritto nell'educazione giuridica preumanistica*, in A. CRISTIANI (ed), *Sapere e/è potere. Discipline, Dispute e Professioni nell'Università Medievale e Moderna. Il caso bolognese a confronto*, II: *Verso un nuovo sistema del sapere*, Atti del convegno, Bologna 1990, e, dello stesso autore, si veda *Tra bartolisti e antibartolisti*, cit., pp. 190-194 e *La giustizia nel Medio evo e nella prima età moderna*, cit., pp. 86-87; da vedere anche P. GILLI, *La noblesse du droit. Débats et controverses sur la culture juridique et le rôle des juristes dans l'Italie médiévale (XIIe-XVe siècles)*, (Études d'histoire médiévale, 7) Paris 2003, pp. 163-310: 199-230.

tentativo di giustificare, su un piano scientifico e non solo 'politico', la *auctoritas* della tradizione feudistica, cioè della parte della tradizione giuridica medievale che, certamente, era la più esposta a critiche, in virtù di difetti che era facile scorgere anche a uno sguardo corsivo. Ciò potrebbe essere considerato vero anche per chi, come Iacopo da Belviso e Andrea d'Isernia, si è posto lo stesso problema nei decenni precedenti, diciamo agli inizi di questo secolo XIV così «ricco di origini», per usare una felice espressione utilizzata per altre epoche e di recente richiamata[22].

In verità, però, le trattazioni di Iacopo e Andrea si differenziano molto nettamente da quella di Baldo. Secondo Cristina Danusso,

> «le opinioni manifestate dal Belviso e dall'Isernia erano evidentemente tese a confutare quelle che accordavano alle consuetudini raccolte nei *Libri feudorum* (escluse, quindi, sempre le leggi imperiali in essi contenute, cui era unanimemente riconosciuto valore universale) una sfera di applicazione puramente locale, cioè limitata ai luoghi della Lombardia nei quali le consuetudini stesse erano sorte ... senza peraltro assumere atteggiamenti particolarmente polemici o denigratori. Dell'esistenza di tali atteggiamenti ci informa, invece, abbastanza diffusamente Baldo»[23].

Comunque, che differenza vi sia, a ben vedere, si coglie agevolmente, solo che si faccia caso alla differente ampiezza delle rispettive trattazioni. Iacopo da Belviso e Andrea d'Isernia affrontano ed esauriscono la questione in modo molto più sbrigativo, e accordandole uno spazio decisamente più modesto.

In particolare Iacopo non tratta il problema in una sede prolusiva, ma solo di passaggio, interpretando un preciso luogo della compilazione feudistica, e lo fa non nascondendo perfino una certa sorpresa, per essere chiamato a discutere un problema così nuovo e inconsueto:

> «Volunt quidam dicere quod liber iste non est autorisabilis ... et quidam fecerat verius pridie istam oppositionem nec cogitavi istam questionem ante hec tempora disputare, et tamen octo vicibus librum istum legi»[24].

Insomma, sembra che in realtà il problema sia stato sollevato inaspettatamente, e che Iacopo sia stato colto, a tutta prima, alla sprovvista.

Accostandoci maggiormente al pensiero di Iacopo, osserviamo che egli distingue quattro argomenti, utili a provare la *autorizabilitas* dei *Libri feu-*

[22] D. QUAGLIONI, *Introduzione. La rinnovazione del diritto*, in G. CONSTABLE - G. CRACCO - H. KELLER - D. QUAGLIONI (edd), *Il secolo XII: la «renovatio» dell'Europa cristiana* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico. Quaderni, 62), Bologna 2003, pp. 17-34.

[23] C. DANUSSO, *Ricerche*, cit., p. 160.

[24] IACOBUS DE BELVISO, *Commentarii*, cit., *ad LF* I, 1, 4, c. 82*v*A.

*dorum*. Si tratta degli «argumenta ab auctoritate, ab opinione, a partium sufficienti enumeratione, a similibus»[25]. L'argomento *ab auctoritate* deriva dal fatto che le consuetudini feudali sono state inserite fra le costituzioni imperiali, e ciò *de scientia* del principe, perciò è verosimile ritenere che egli voglia vederle osservate come se fossero state fatte per la sua stessa autorità[26]. Insomma, l'imperatore sembra aver approvato questo libro, e pertanto le consuetudini feudali sono sue, e non devono essere violate da nessuno. Quanto all'argomento *ab opinione*, consiste nel fatto che tutti i giuristi, al di là e al di qua delle Alpi, li ritengono autentici, e tanto i civilisti quanto i canonisti li approvano e li allegano, e una tale opinione comune ha grande autorevolezza[27]. Per quanto riguarda la *sufficiens partium enumeratio*, la questione è più complessa. Osserva Iacopo che le cause feudali potrebbero essere decise secondo il diritto romano, quello longobardo o quello consuetudinario. Poiché però il diritto romano non parla dei feudi, e quello longobardo assai poco, non restano che le consuetudini. E in assenza di altre consuetudini occorre fare riferimento a quelle racchiuse nei *Libri feudorum*, come a consuetudini generali. Perciò il feudo è disciplinato dai *Libri feudorum* in quanto essi sono conformi alla natura stessa del feudo e si può considerare che nel contratto feudale sia tacitamente dedotta una clausola che prevede la loro applicabilità. Insomma, tutto ruota intorno all'insufficienza degli altri ordinamenti, e invece alla completezza di quello costituito dai *Libri*, che intervengono in modo sussidiario[28]. Infine, l'argomento *a simili* fa leva sull'analoga evoluzione storica subita dal diritto romano. Anch'esso era, in origine, almeno in parte, niente di più che il diritto non scritto di una *civitas*, come quello dei *Libri feudorum*, e ciò nonostante è giusto osservare un tale diritto, anche perché esso è osservato nel tribunale imperiale ed è stato redatto per iscritto dietro ordine del principe. Se questo è vero per il diritto romano, lo sarà anche per quello feudale, per cui non si deve considerare la consuetudine locale, milanese o piacentina, ma questo diritto generale approvato in questo libro. Occorre anche ricordare (cosa che si spiega tenendo conto dell'insegnamento napoletano di Iacopo) che nel

[25] *Ibidem*: «Sed probo per quattuor argumenta quod liber iste est autorisabilis. Primo per locum ab autoritate. Secundo ab opinione. Tertio a partium sufficienti enumeratione. Quarto a similibus».

[26] In modo un po' diverso C. DANUSSO, *Ricerche*, cit., p. 153.

[27] *Ibidem*.

[28] *Ibidem*, pp. 153-154. Mi pare appena il caso di notare che una tale sussidiarietà presenta sfumature di grande interesse rispetto alla concezione talora un po' troppo schematica che se ne ha.

Regno di Sicilia e altrove le cause feudali sono considerate importanti, e quindi è bene mettervi molta cura[29]. Ecco il testo:

«Ab autoritate sic, nam iste consuetudines inserte sunt inter imperiales constitutiones et de principis conscientia quod est verisimile quia ex quo inter constitutiones suas sunt inserte, ergo servande sunt quasi eius autoritate facte ... Imperator preterea istum librum approbare videtur ut dixi, ergo censentur eius consuetudines ... et per consequens ab omnibus observande sunt ... Secundo ab opinione. Nam communis est opinio quod sit autorisabilis, et ultra montes et citra montes et hoc omnes tenent. Item glosatores tam in iure canonico quam in iure civili ipsum approbant allegando eius titulos et capitula, et communis opinio multum operatur ... Tertio a sufficienti partium enumeratione. Nam si queratur qualiter deciduntur negocia feudorum certe vel legibus Romanorum vel iure Lombardorum vel iure consuetudinario ... Sed cum in iure Romanorum non tractetur de feudis, et in paucis locis in legibus Longobardorum ergo sequitur quod secundum ius consuetudinarium debet decidi ... maxime si consuetudines non reperiantur de feudis, ergo iste tanquam generales debent servari ... Preterea cum in legibus de eis non tractetur nec in iure Lombardorum, ergo quando feudum datum videtur dari secundum naturam feudi in isto iure consuetudinario contenti, ergo tacite quasi in pacto et conventione deductum videtur quod iure isto consuetudinario est dispositum, igitur servabitur quod in isto libro scriptum est ... Quarto a simili. Nam iura Romanorum in parte originem sumpserunt a iure non scripto quo una civitas utebatur ... ergo non est absurdum hec iura servare per dictas rationes, et quia possunt dici generales cum in principis curia servarentur et ipso mandante fuerunt in scriptis redacte, quod credere debemus, non attendas ergo consuetudines Mediolani seu Placentie sed istud ius consuetudinarium generale in hoc libro approbatum, et sciatis quod in regno Cicilie cause feudales magne cause reputantur, et alibi, et ideo bene advertatis»[30].

Per Iacopo, evidentemente, la questione sta nell'apparente estraneità dei *Libri feudorum* al *Corpus Iuris Civilis*. Si tratta di consuetudini, e per di più nate in ambito locale, pertanto nulla paiono avere a che vedere con le leggi romane. Per questo, tutto lo sforzo del giurista è volto a dimostrare che quei testi sono parte della tradizione di diritto comune, nel senso che sono ammantati della stessa autorità. Si leggono nel testo del *Corpus*, e ciò con il consenso, almeno tacito, degli imperatori. Sono utilizzati e allegati dai giuristi sullo stesso piano delle costituzioni imperiali. E poi, sono pienamente coerenti con il 'sistema' delle fonti delineato dallo stesso *Corpus* giustinianeo. È interessante, infatti, che Iacopo, affermando che le consuetudini contenute nei *Libri* devono essere osservate «tanquam generales», alleghi nientemeno che il *Digesto*, titolo *de legibus et senatusconsultis*, legge *de quibus*[31], cioè proprio il luogo in cui, nel Digesto, si spiegava secondo quali norme si dovessero giudicare le cause:

[29] *Ibidem*.

[30] Iacobus de Belviso, *Commentarii*, cit., *ad LF* I, 1, 4, c. 82*v*A-B.

[31] *Ibidem*, c. 82vA.

«De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs Roma utitur, servari oportet»[32].

Insomma, se mancano le leggi, occorre guardare alla consuetudine di Roma, o ad altre, che quindi assumono significato e valore generale, venendo equiparate, in tutto, alla legge. Lo stesso accade, secondo Iacopo, nel caso del diritto feudale.

Infine, molto importante è l'analogia fra il diritto feudale e l'evoluzione storica del diritto romano che rivela, per inciso, un sorprendente sapore 'umanistico'.

Per Andrea d'Isernia, invece, la questione si pone e si risolve in modo diverso. Anzitutto, come ha osservato la Danusso, «l'autenticità delle disposizioni riproducenti costituzioni imperiali non poteva essere posta in dubbio»[33]. Per quanto riguarda invece il resto dei *Libri feudorum*, essi, in quanto chiamati *consuetudines*, dovevano presumersi *rationabiles*, e pertanto vincolanti[34]. Non meno importante è il lungo e incontestato uso che dei *Libri* si è fatto, nell'insegnamento e nel foro. E, cosa più importante ancora, forse, per Andrea gli stessi imperatori sono sempre stati perfettamente al corrente di tale uso, dando con questo la loro tacita approvazione[35]. Anzi, per essere precisi occorre dire che al corrente di

[32] *Dig.* I,3,32.

[33] C. DANUSSO, *Ricerche*, cit., pp. 154-155. Cfr. ANDREA D'ISERNIA, *Super usibus feudorum*, Lugduni, Iacobus Giunta typis ac caracteribus Ioannis Dominici Guarnerii, 1541, *Prologus*, f. 3*r*A n. 24: «Primo queritur utrum liber iste sit autorizabilis quod possint allegari in eo contenta sicut alii libri legalis scientie. Et quidem de legibus imperatorum Lotharii et Frederici non videtur dubium».

[34] C. DANUSSO, *Ricerche*, cit., p. 155. Cfr. ANDREA D'ISERNIA, *Super usibus feudorum*, cit., *Prologus*, c. 3*r*A n. 24: «Dubitatur ergo secundum multos de his que dicuntur per Obertum de Orto et de aliis que non sunt in forma legis nec apparet conditor. Videtur tamen idem esse ut per totum sit autorizabilis, quia hec iura allegantur per consequentem glo. et per Innocentium et Hostiensem ... et cum dicantur usus et consuetudines, ergo sunt rationabiles, alias non diceretur consuetudo sed corruptela ... tanquam rationabilia dicta trahuntur ad similia, alias non ... Item quod est rationabile inducitur sicut compositum a noto et sancto autore ... Ratio ergo que consuetudines has suasit intuenda est».

[35] C. DANUSSO, *Ricerche*, cit., pp. 155-156. Cfr. ANDREA D'ISERNIA, *Super usibus feudorum*, cit., *Prologus*, c. 3*r*A-B n. 25: «Non est ergo derogandum ei quod semper certam interpretationem obtinet ... Item quia tempore cuius non est memoria fuit hic liber in studiis generalibus lectus et glossatus per patres et maiores nostros sicut alii libri legales maxime Bononie, que quantum ad hoc potest dici urbs regia ... et sic debet haberi ac si constaret conscriptus per habentem potestatem legem condere ... Publice habitus est semper pro libro huius scientie sic inducta et allegata sunt iura eius sicut aliorum

questo erano i giuristi che consigliavano i sovrani, perché solo in virtù della loro assistenza si può dire che gli imperatori conoscano davvero il diritto[36].

Il pensiero di Andrea è estremamente interessante, anche al di là di quest'ultimo riferimento al ruolo del giurista, di per sé molto suggestivo. Anzitutto, egli distingue fra quelle parti dei *Libri* che hanno, per sé, l'autorità della *lex* e quelle che ne sono prive. E poi, forse influenzato dalla forte monarchia del *Regnum Siciliae*, enfatizza certo, rispetto al ruolo della dottrina, quello del *princeps*, anche se poi i giuristi tornano a far sentire il proprio peso, nel momento in cui sono chiamati a suggerire al sovrano una linea di condotta, e a colmare le lacune delle sue conoscenze giuridiche. Questi motivi, unitamente a quelli già discussi da Iacopo da Belviso, non mancheranno di influenzare la dottrina successiva, a partire proprio da quella di Baldo, su cui ora occorre soffermarsi.

Si deve anzitutto osservare che la trattazione di questo problema è ben collocata nel proemio della trattazione baldesca. Se quindi Iacopo da Belviso l'aveva affrontata in modo tutto sommato casuale, come si è visto, ora la questione, grazie anche all'intervento di Andrea d'Isernia, ha trovato posto proprio in apertura delle trattazioni feudistiche, dove rimarrà anche dopo Baldo. Ciò significa probabilmente che i giuristi consideravano sempre e sempre più necessario fugare subito ogni dubbio, e che quindi tali dubbi non si erano affatto estinti, dopo circa un secolo, anzi, semmai erano diventati più forti e vivaci, cosa che forse non avrebbe mancato di stupire ancor più Iacopo da Belviso.

librorum ... Item nunquam fuit hoc in questione deductum nec contrarium. Unde tacito consensu partium per tempus videntur approbata hec iura diutius observata ... Item iste sunt consuetudines ut dictum est. Sed consuetudo etiam contra legem scriptam si sciente principe qui potest condere legem et tolerante sit inducta vincit etiam legem ... Non autem posset negari tempore imperatorum in Italia fuisse hunc librum lectum et glossatum per Bulgarum et Pileum et antiquissimos doctores quorum opiniones recitantur in pluribus locis istius libri maxime Bulgarius [*sic*] et Pileus qui distinxerunt feudum a principali providentia venientes [*sic*] ab aliis ... Nec etiam potest negari publice fuisse lectum, et sic imperatores qui tunc erant non potuissent pretendere ignorantiam».

[36] ANDREA D'ISERNIA, *Super usibus feudorum*, cit., *Prologus*, c. 3*r*B n. 25: «Maxime [non possunt pretendere ignorantiam] iuris periti et qui cum eis [*scil.* imperatoribus] erant per quos dicuntur habere omnia iura in pectore ... cum principes rari sciant iura, dicitur tamen quod est prudentissimus et iure religiosissimus ... Item imperator non facit leges sed iuris periti approbati per eum ut Tribunianus et alii ... per quos ipse videtur facere que fieri mandat ... Item iurisconsulti homines fuerunt et dicta eorum servantur quia rationabilia, et licet fuerint approbata per Iustinianum ... et hic similiter videntur approbata ex quo per tantum tempus ut predictum est».

Le differenze però non finiscono qui. Cristina Danusso ha osservato che il testo baldesco ci informa di un clima di aspre polemiche, sviluppatesi intorno ai *Libri feudorum*, ancora non presenti (o non nella stessa misura) ai tempi di Iacopo da Belviso e di Andrea d'Isernia[37]. Effettivamente, Baldo esordisce ponendo la questione in toni in qualche misura drammatici. Alcuni affermano, temerariamente, che i *Libri feudorum* non sarebbero autentici, con ciò vanificando un'intera tradizione di studi, oltre che, naturalmente, lo sforzo di Baldo stesso:

«Quero ergo in primis ne videar super caduco opere et super ambagibus laborare, utrum ista collatio que appellatur decima feudorum autentica sit censenda. Quidam enim ausu temerario dicunt hanc collationem feudorum autenticam non esse»[38].

Gli oppositori dell'autenticità ravvisano numerosi profili problematici, che Baldo elenca partitamente. Anzitutto, il diritto feudale non costituisce parte alcuna né del diritto civile né di quello di creazione pretoria. Poi la raccolta feudistica manca di ordine, del debito ordine di composizione e compilazione, il che la rende priva di fondamento, stando allo stesso *Codice*. Non solo: essa si presenta farraginosa, eterogenea, insufficiente a offrire una disciplina completa, e anzi, a tratti contiene delle vere e proprie iniquità. Tutto questo la rende estranea alla legge, contraria alla sua sostanza, che è di essere equa:

«Nam non est pars aliqua iuris civilis vel pretorii ... Item quia in libro isto non est debitus ordo compositionis vel compilationis librorum. Et nihil constat sine ordinis compositione ... Item in isto libro multa varia et insufficientia continentur, quod non est de natura vere legis. Item et quedam iniqua quod est contra substantiam legis que debet esse equa. Nam ius est ars boni et equi»[39].

Insomma, una prima serie di obiezioni intende revocare in dubbio il legame fra i *Libri feudorum* e il *Corpus Iuris Civilis*, nella forma in cui esso si era costituito nella tradizione giuridica medievale e nell'insegnamento degli *Studia generalia*. Il faticoso processo di costituzione del *Corpus* e di ingresso in esso dei *Libri*, quale è stato ricostruito per merito soprattutto del Weimar, era ora, a distanza di circa un secolo e mezzo, oggetto di accanite discussioni.

Ma le obiezioni degli avversari dei *Libri* non si fermavano qui. Essi asserivano che anche il fondamento 'soggettivo' della loro autenticità si prestava a critiche. Tale fondamento si basava sull'*auctoritas* dei redattori,

[37] C. DANUSSO, *Ricerche*, cit., p. 160.

[38] BALDO DEGLI UBALDI, *Super feudis*, cit., *Prohemium*, c. 2*v*B n. 3.

[39] *Ibidem*.

soprattutto Oberto dell'Orto e Gerardo Cagapesto. Se è vero che tale *auctoritas* poteva rendere l'autenticità dei *Libri* perlomeno probabile, nel senso, squisitamente medievale, di 'suscettibile di approvazione', di eticamente preferibile, insomma di scelta all'interno di un sistema di valori, basata su criteri presuntivi[40], non risultava però che quegli autori avessero mai avuto la *auctoritas legis condendae*, che fossero mai stati investiti del potere di fare leggi. Una tale investitura non si può presumere, deve essere provata, e trattandosi di questioni di autorità pubblica, pubblica deve essere la prova documentale. Né d'altro canto essi stessi si sono mai espressamente arrogati un simile potere. Stando così le cose, la loro autorità non è certo necessaria, potrebbe forse essere probabile, ma qui sorge un altro problema. Infatti Oberto e Gerardo non si sono limitati a svolgere la loro funzione di interpreti, ma sono andati oltre. Hanno agito come fossero legislatori, e questo ha reso i loro scritti anche meno che di probabile autorità:

«Item licet locus ab autoritate sit probabilis ... tamen non reperitur quod Obertus de Orto vel Gerardus huius operis scriptores et recitatores, et nonnullorum dubiorum decisores habuerint autoritatem legis condende, que non presumitur data nisi probetur ... quia ea que sunt autoritatis publice debent per publica documenta probari ... certe nec isti magistri feudorum in aliquo loco asserunt se autoritatem habuisse. Unde eorum interpretatio probabilis est et non necessaria ... Quinimo nec probabilis quia loquuntur ut textum facientes et legem ponentes»[41].

Questa seconda serie di obiezioni non riguarda più la presenza dei *Libri feudorum* nel *Corpus*, e la loro estraneità, quanto a stile e caratteri, rispetto agli altri materiali ivi raccolti. O, meglio, quel problema passa ora sullo sfondo. In verità, la prima serie di argomentazioni poteva essere superata considerando proprio l'*auctoritas* dei redattori dei *Libri*. Li si sarebbe potuti accusare di aver fatto un lavoro cattivo e confuso, ma nulla di più. Ciò che invece è discusso è proprio il fondamento autoritativo dei *Libri*. Essi non sono autentici, perché chi li ha redatti non poteva dare loro questo carattere. Si tratta di un'opera di tipo privato, anche mal riuscita. E addirittura, proprio atteggiandosi a legislatori, pur senza dirlo esplicitamente, Oberto e Gerardo hanno perduto qualsiasi autorevolezza.

Insomma, in questione è, per dirla tutta, il nesso fra l'*interpretatio* dei giuristi e la legislazione. Il bersaglio dei detrattori dei *Libri* è proprio questo legame, che nella tradizione medievale era strettissimo, nel senso

[40] A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano 1971, pp. 231-232.

[41] BALDO DEGLI UBALDI, *Super feudis*, cit., *Prohemium*, cc. 2*v*B-3*r*A n. 3-4.

che si presumeva che l'attività dei *doctores* avesse come oggetto proprio e solo testi dotati di autorità. Ciò è evidente, se si pensi a fatti ben noti. L'inserimento di costituzioni imperiali, smembrate, nei luoghi opportuni del *Corpus*, voluta dai legislatori, ma compiuta dai giuristi[42], ne è certo un segno importante. Non meno importante è l'uso seguito dai pontefici di pubblicare e promulgare le loro compilazioni canonistiche inviandole agli *Studia*, in particolare quello bolognese. Ma in fondo, la stessa opera di Triboniano era stata qualcosa del genere: non Giustiniano aveva materialmente redatto Digesto, Codice e Istituzioni, ma il suo dotto collaboratore. E Irnerio, e Graziano, si erano cimentati in modo diverso nel compito di ravvivare la tradizione giuridica, costituendo il *Corpus* civilistico, come anche redigendo la *Concordia discordantium canonum*, fondamento di quello canonistico. I Quattro Dottori avevano raccolto in un elenco i *iura regalia*, offrendo a Federico Barbarossa il destro per avanzare le sue rivendicazioni imperiali[43]. Il legame, la simbiosi verrebbe da dire, fra dottrina e legislazione, fra autorità dei giuristi e autorità dei legislatori era talmente forte che, in caso di conflitto, poteva darsi che fosse quest'ultima a dover cedere il passo. Lo dimostra, pur fra mille esitazioni, la vicenda della legislazione del Barbarossa a Roncaglia, che solo in minima parte fu accolta dalla dottrina nel *Corpus*, mentre per il resto ne fu esclusa, finendo per restare fuori dal *Corpus*, salvo rimanere sullo sfondo dell'elaborazione dottrinale e riaffiorare occasionalmente, magari celata abilmente dagli stessi dottori[44].

[42] Sulla cosiddetta *Authentica Habita*, si veda ora, con ampia ed esaustiva bibliografia, il saggio di L. BIANCHIN, *L'autentica «Habita» nell'interpretazione dei giuristi medievali*, in D. QUAGLIONI - G. DILCHER (edd), *Gli inizi del diritto pubblico. L'età di Federico Barbarossa*, cit., pp. 127-153; sull'*Authentica Sacramenta puberum*, con bibliografia, cfr. E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II, cit., pp. 81-84; quanto alla costituzione *In basilica beati Petri*, su di essa si veda anzitutto il fondamentale studio di F. LIOTTA, *Vicende bolognesi della 'Constitutio' «in basilica beati Petri» di Federico II*, in *Vitam impendere magisterio. Profilo intellettuale e scritti in onore dei professori Reginaldo M. Pizzorni, O.P. e Giuseppe Di Mattia, O.F.M. Conv.* (Utrumque ius, 24), Città del Vaticano 1993, pp. 79-92, nonché l'ampio studio di M.G. DI RENZO VILLATA, *La 'Constitutio in basilica beati Petri' nella dottrina di diritto comune*, in *Studi di storia del diritto*, II (Università degli Studi di Milano. Facoltà di Giurisprudenza. Pubblicazioni dell'Istituto di Storia del diritto italiano, 23), Milano 1999, pp. 151-301.

[43] Su tutto il problema, si vedano i saggi raccolti in D. QUAGLIONI - G. DILCHER (edd), *Gli inizi del diritto pubblico. L'età di Federico Barbarossa*, cit., in particolare B. KANNOWSKI, *Der roncalische Regalienbegriff und seine Vorgeschichte*, pp. 157-177, e G. MINNUCCI, *La dieta di Roncaglia (1158), la «Lex Regalia» di Federico Barbarossa e la «Summula Ad legem juliam maiestatis»*, pp. 179-196.

[44] Cfr. D. QUAGLIONI, *Il diritto comune pubblico e le leggi di Roncaglia*, cit. pp. 60-63.

La critica alla *auctoritas* dei redattori dei *Libri*, sembra avere di mira più l'autorità della dottrina giuridica nel suo insieme che non quella di una parte, neppure la più importante, di essa. Sembra rivelare uno spostamento dell'attenzione, nella mente dei critici, dalla *scientia iuris* alla legislazione. E questo è qualcosa su cui occorre riflettere, e occorrerà tornare in conclusione.

Ciò è confermato da quanto segue. Secondo Baldo, i detrattori dei *Libri* spostano su coloro che affermano la loro autenticità l'onere di provare tale affermazione. E la prova non può avvenire che *ratione* ovvero *lege*, cioè in forza del diritto ovvero della legge[45], vale a dire mostrando la coerenza e la compatibilità dei testi feudistici con la tradizione giuridica, e in particolare con i suoi fondamenti autoritativi[46]. Né è possibile, secondo costoro, aggirare l'ostacolo asserendo la natura consuetudinaria del diritto feudale. Infatti le consuetudini sono solo locali, e non possono avere valore generale, come invece pretendono di avere i *Libri feudorum*, e comunque la consuetudine deve essere provata da chi la allega, poiché consiste in un fatto, e i fatti vanno provati, specie se contrari al diritto e ai suoi principi[47]. A fronte di queste articolatissime critiche, ancora più interessanti sono le risposte di Baldo. Anzitutto, ai *Libri feudorum* hanno dedicato i loro sforzi alcuni dei glossatori più eminenti, che li hanno corredati di glosse e che ne hanno fatto preziose *summae*. Si tratta di personalità di tale spicco, che non vi è nulla di sconveniente nell'argomentare sulla base della loro autorità:

«In contrarium quod iste liber sit autenticus solemnis et servandus probatur quia multi glosatorum vertices istum librum glosaverunt et super eo fecerunt utilissimas summas. Inter quos fuerunt magni viri, scilicet Pyleus, Iacobus Columbi, Iacobus de Ardizone veronensis, Ioannes Fasolus, archiepiscopus Ebrudunensis, Iacobus de Ravano ultramontanus, Odofredus postremo, Iacobus de Belviso, Andrea de Isernia, Petrus de Cernitis et multi alii quorum autoritate arguere non est absonum»[48].

[45] Sulla corrispondenza tra *ratio* e diritto, non si può che rinviare al fondamentale contributo di P. Fiorelli, *«Ragione» come «diritto» tra latino e volgare*, in P. Fiorelli, *Intorno alle parole del diritto* (Per la storia del pensiero giuridico moderno, 69), Milano 2008, pp. 129-183.

[46] Baldo degli Ubaldi, *Super feudis*, cit., *Prohemium*, c. 3*r*A n. 4: «Porro qui dicunt hunc librum esse autenticum, debent hoc ratione vel lege probare, nam rubor est loqui sine lege».

[47] *Ibidem*: «Nec dici potest quod istud sit ius consuetudinarium quia consuetudines locales sunt et alios non perstringunt ... Preterea qui consuetudinem allegat eam probet cum in facto consistat et facta non presumuntur presertim contraria iuri vel rationi».

[48] *Ibidem*.

Qualche osservazione è necessaria. Anzitutto, Baldo, pur preoccupato di collegare la propria opera alla tradizione, sembra però voler marcare anche una sorta di discontinuità. I glossatori lo hanno preceduto, certo, ma la sua non è opera di un glossatore, non è né un apparato né una *summa* alla vecchia maniera, è invece un'opera di tipo nuovo, e questo dovrà essere tenuto presente. In secondo luogo, Baldo riafferma con forza le ragioni e l'autorità della dottrina, a fianco di quella della legge. Non si tratta di *loqui sine lege*, come dicevano gli avversari, ma di argomentare sulla base dell'*auctoritas* dei giuristi, della tradizione dottrinale.

Che l'autorità della dottrina sia fondamentale, trova conferma anche nel successivo argomento. Infatti, nei *Libri* si trovano molti utili principi, di interpretazione talmente difficile che gli indotti li guastano e li corrompono[49]. Sono proprio costoro, par di capire, a introdurre nei *Libri* quelle iniquità, che poi sono il pretesto per rifiutarne l'autorità. Ma il difetto, suggerisce Baldo, sta negli interpreti, inadeguati al compito, non nell'opera[50]. E ancora, non si devono introdurre mutamenti in ciò che ha sempre avuto una interpretazione certa[51]. Si noti che ciò deriva da un principio rintracciabile nel Digesto, e quindi senza dubbio autorevole[52]. E qui, significativamente, cade l'allegazione di Iacopo da Belviso, proprio del passo che già conosciamo in cui ricorda di aver letto i *Libri feudorum* per otto anni senza contestazioni, e anzi che essi sono talora utilizzati per decidere cause di grande importanza[53].

La profonda unità della tradizione giuridica e la coerenza dei *Libri feudorum* con essa può però essere ulteriormente argomentata. Infatti, osserva Baldo, numerose decretali si uniformano alle *leges imperiales* contenute in questo volume. Il riferimento di Baldo è, in generale, alle norme canonistiche che, in un modo o nell'altro, presuppongono il diritto feudale. La conclusione è, per Baldo, ovvia: quale approvazione potrebbe essere maggiore di quella concessa dai sommi pontefici? Nes-

[49] *Ibidem*: «Item in isto libro continentur multa utilia et difficilia intellectu que indocti homines depravant».

[50] Così, a mio parere giustamente, intende C. DANUSSO, *Ricerche*, cit., p. 162.

[51] BALDO DEGLI UBALDI, *Super feudis*, cit., *Prohemium*, c. 3*r*A n. 4: «Item minime sunt mutanda que interpretationem certam semper habuerunt».

[52] *Dig.*, I,3,23.

[53] BALDO DEGLI UBALDI, *Super feudis*, cit., *Prohemium*, c. 4*r*A n. 4: «Hanc partem tenet prefatus Iacobus de Belviso qui postquam legit hunc librum octo vicibus, ut ipse refert, hanc questionem disputavit, ut ipse tenet infra ti. i. §. fi. alias quomodo enim cause feudorum que sunt magne et maxime deciderentur». Cfr. *supra*, pp. 514-516.

suna, certamente. E quindi gli ignoranti detrattori dei *Libri*, nemici della verità, si mordano una buona volta le labbra e tacciano![54] Si tratta di argomentazioni interessanti, sia per il riferimento al diritto canonico, la cui implicita *approbatio* concorre a conferire autorità ai *Libri*, sia per quel cenno alle leggi imperiali raccolte nei *Libri feudorum*. In questo modo Baldo utilizza l'indiscutibile autorità della legislazione imperiale, che è effettivamente presente nei *Libri*, per provarne l'autenticità, ma prepara anche il successivo argomento.

Infatti, subito aggiunge che, secondo Odofredo, l'*Authenticum*, composto da Giustiniano, ha nove *collationes*. Federico II mandò poi «has constitutiones» ai dottori bolognesi, perché le adattassero, sotto forma di *authenticae*, ai luoghi opportuni del *Codex*. Allora Ugolino dei Presbiteri provvide a collocare dopo quelle nove collazioni una *collatio decima*, comprendente i *Libri feudorum*, ma anche tutte le costituzioni di Federico I e II e alcune leggi dell'imperatore Corrado. Però, pochi hanno nei loro libri questa raccolta così ordinata, come dice Odofredo. Nondimeno, conclude, tutto questo dimostra che la redazione dei *Libri* e la loro inclusione nel *Volumen* è dipesa non da un'iniziativa privata, ma dalla volontà imperiale, e quindi, una volta di più, l'autenticità di quest'opera deve essere affermata contro i suoi più pertinaci contestatori[55].

Insomma, l'autorità dei *Libri feudorum* si basa, a ben vedere, anche su quella imperiale[56]. Ma il modo in cui la storia è ricostruita e interpretata merita maggiore attenzione. Baldo ha ben chiaro che la vicenda di cui

[54] BALDO DEGLI UBALDI, *Super feudis*, cit., *Prohemium*, c. 3*r*A-B n. 4: «Item nonnulle decretales sequuntur leges imperiales in hoc volumine situatas ... Que autem potest esse maior approbatio quam summorum pontificum, certe nulla ... Porro advertant ignorantes et mordeants sibi labia reprehensores veritatis».

[55] *Ibidem*, c. 3*r*B n. 4: «Nam doctor egregius Odofredus C. de sacrosanctis ecclesiis aut. cassa et irrita [*post Cod.* I,2,12] sic ait: Unum sciatis quod autenticum quod fuit compositum a Iustiniano habet novem collationes. Postea quando venit imperator Federicus iunior misit has constitutiones ad civitatem istam doctoribus legum ut aptarent eas singulis legibus sub congruentibus titulis et ita fecerunt doctores cum convenerunt in sancto Petro quia istam adaptaverunt ad legem istam. Postea quid fecerunt: dominus Hugolinus post nonam collationem posuit librum feudorum et omnes constitutiones Federici antiqui et iunioris et aliquas leges Corradi imperatoris et vocatur x. collatio. Sed pauci sunt qui habeant ita ordinate in libris suis sicut Odoffredus. Apparet igitur quod iussu imperatoris fuit processum et opus probatum. Et ideo pertinaces desinant latrare». Con minime varianti cfr. ODOFREDO, *In primam Codicis partem complectentem I, II, III, IIII, et V lib. praelectiones (quae lecturae appellantur)*, Lugduni, s.n., 1552 (rist. anast. Bologna 1968), c. 10*v*B *pr.*

[56] Cfr. C. DANUSSO, *Ricerche*, cit., pp. 162-167.

parla Odofredo riguarda anzitutto le *Novellae*, nella redazione dell'*Authenticum*. L'*Authenticum* è articolato in nove *collationes*, e del resto il tenore letterale del testo baldesco non lascia dubbi. Federico II, poi, mandò «has constitutiones» ai civilisti bolognesi, perché le adattassero e le collocassero nei luoghi opportuni, sotto i giusti titoli e in corrispondenza delle singole leggi. Con l'espressione «has constitutiones» si può certo intendere la cosiddetta *X Collatio*, comprendente proprio i *Libri feudorum*[57], ma non si tratta dell'unica interpretazione possibile, anche se senza dubbio è la più immediata. Sarebbe possibile infatti interpretare l'espressione usata da Baldo e, prima ancora, da Odofredo, con riferimento alle sole norme federiciane, che non a caso appaiono distinte nella tradizione manoscritta e a stampa, aggiunte subito dopo i *Libri feudorum*, ma pur sempre nella *X Collatio*[58]. A questo punto appare evidentemente che fu Ugolino, come del resto Baldo dice chiaramente, a formare e inserire la *X Collatio* nel posto che essa doveva definitivamente occupare. Però questa interpretazione, che pare più coerente con il testo di Baldo e soprattutto di Odofredo, presenta una difficoltà. Infatti, sembra non spiegare come Baldo possa ritenere che l'inserimento nel *Corpus iuris civilis* delle norme federiciane abbia ammantato dell'autorità imperiale anche i *Libri feudorum*. Tuttavia, questo forse si capisce se si tiene conto di un altro fatto. Le norme promulgate da Federico II, approvate da Onorio III e poi inserite come *authenticae* nel *Corpus* si trovano infatti subito dopo i *Libri feudorum*. E Baldo (riprendendo Odofredo) dice che Ugolino inserì nella *X Collatio*, accanto ai *Libri*, anche tutte le costituzioni di Federico II. Sembra quindi che la tradizione giusdottrinale abbia ritenuto le norme federiciane promulgate *in basilica beati Petri* come affini al diritto feudale. Pertanto, la *X Collatio* è costituita anche da quelle norme. Allora si può

[57] Così C. DANUSSO, *Ricerche*, cit., p. 163 nota 44, e p. 166, che riprende una interpretazione più risalente di G. ERMINI, *Corso di diritto comune*, I: *Genesi ed evoluzione storica, elementi costitutivi, fonti*, Milano 1989, pp. 176-177.

[58] Così F. LIOTTA, *Vicende bolognesi della Constitutio «in basilica beati Petri»*, cit., p. 83. In questo modo, si eviterebbe di dover accedere all'ipotesi dell'Ermini: «Come già l'Ermini ebbe a rilevare, peraltro, nel riferire le informazioni tramandate da Odofredo, Baldo aveva operato una *contaminatio* tra due diverse notizie: da un lato, l'invio a Bologna da parte di Federico II delle costituzioni da inserire nell'*Authenticum*; dall'altro, l'inglobamento dei *Libri feudorum* nel *Corpus iuris*, avvenuto per iniziativa di Ugolino, indipendentemente dall'ordine dell'imperatore». Cfr. C. DANUSSO, *Ricerche*, cit., p. 166, e G. ERMINI, *Corso di diritto comune*, cit., pp. 176-177. La frequente presenza della costituzione federiciana accanto ai *Libri feudorum* si può riscontrare dalle indagini di G. DOLEZALEK, *Verzeichnis der Handschriften zum römischen Recht bis 1600*, Frankfurt a.M. 1972, *ad indicem*, voci *Constitutio Ad decus* e *Constitutio «Ad decus»*. Quanto alla tradizione a stampa, ognuno può controllare da sé.

pensare che, secondo Baldo, Ugolino inserì una decima collazione, dopo le nove dell'*Authenticum*, perché le *authenticae* tratte da quelle nuove costituzioni avessero corrispondenza con il testo integrale di esse, come le *authenticae* 'giustinianee' l'avevano con le prime nove collazioni. In questo modo, nel *Volumen*, i giuristi avrebbero potuto trovare il testo integrale di tutte quelle costituzioni che, epitomate, potevano leggere come *authenticae* nel *Codex*. In questo senso quindi, davvero, l'*auctoritas* delle norme federiciane ammantava di sé l'intera *X Collatio*, di cui esse facevano parte. Quanto all'affinità delle norme di Federico II con quelle feudali, essa sussiste certamente nella misura in cui si impone a chi detiene la giurisdizione di tutelare la libertà della Chiesa e intervenire a reprimere l'eresia, affidando tale compito, in caso di omissione, all'autorità superiore. Ma il nesso diventa esplicito laddove Federico II impone al signore secolare di colpire gli eretici, se richiesto dall'autorità ecclesiastica, e, nel caso di omissione protrattasi per un anno, permette a qualunque cattolico di occupare la terra del renitente, salvo però il diritto del signore principale. Questa sembra essere norma dettata in considerazione proprio del diritto feudale:

«Si vero dominus temporalis requisitus, et admonitus ab Ecclesia, terram suam purgare neglexerit ab haeretica pravitate, post annum a tempore admonitionis elapsum, terram illius ipsis exponimus catholicis occupandam, qui eam exterminatis haereticis absque ulla contradictione possideant, et in fidei pietate conservent, salvo iure domini principalis, dummodo super hoc nullum praestet obstaculum, nec aliquod aliud impedimentum opponat, eadem nihilominus lege servata contra eos, qui non habent dominos principales»[59].

Nel complesso, quindi, sembra che Baldo intenda riaffermare l'autorità dei *Libri feudorum*, e quindi della correlata dottrina, ristabilendo il nesso fra la legislazione imperiale, il diritto feudale e la scienza giuridica, riprendendo motivi già affacciati fin dai tempi di Iacopo da Belviso, ma dando loro una articolazione e uno spessore maggiori e, in generale, nuovi, e mostrando una concezione della *civilis sapientia* che non manca di accogliere la lezione del suo maestro Bartolo. L'esito di tutto questo non è semplicemente la difesa dell'autenticità, nel senso chiarito, dei *Libri*, ma il conferimento all'intera *X Collatio* dello statuto di una sorta di *Corpus iuris feudalis*, sostenuto dall'autorità degli imperatori e dei pontefici, collocato, in un suo spazio preciso, all'interno del più ampio *Corpus* civilistico, luogo privilegiato di integrazione del diritto civile e di quello canonico (lo testimonia, fra l'altro, la stessa costituzione di Federico II),

[59] Cfr. *Constitutiones Friderici secundi imperatoris*, in *Volumen*, Lugduni, Sumptibus Ioannis Pillehotte sub signo nominis Iesu, 1618, coll. 137-140, qui col. 139 n. 7.

e oggetto dell'attività interpretativa di una autorevolissima dottrina al pari dei due *Corpora* maggiori.

Il fondamento di questa ricostruzione è accresciuto se spostiamo il nostro sguardo dal proemio del commentario di Baldo al testo nel suo complesso. Una cosa che si nota immediatamente è lo sforzo di mostrare la coerenza interna dei *Libri feudorum*, rendendo ragione della successione dei titoli e delle relative rubriche, ma anche dei singoli paragrafi, mediante delle vere e proprie *continuationes*. Così, nel passaggio da *LF* I, 1, *pr.* a *LF* I, 1, 1, Baldo scrive: «Iste §. continuatur ad precedentia in hunc modum»[60]. E poi ancora: «Ista dictio est continuata»; «Continua sic istum §.»; «Quia inter alias controversias est illa que sequitur ideo subsequenter de ea tractat»; «Dictum est supra qualiter feudum constituatur et per quos. Item ad quos transmittatur et qualiter probetur. Sed quia omne quod generatur corruptibile est, ideo sequitur videre de ipsius feudi privatione, scilicet ex quibus causis feudum amittatur, ideo hec rubrica subiicitur»[61]. Si potrebbe continuare a lungo. Sarà meglio però comprendere il significato di tutto questo. In verità, Baldo non era certo il primo a cimentarsi nello sforzo di rintracciare una coerenza interna ai *Libri feudorum*. Ad esempio, già Iacopo da Belviso aveva profuso largamente le proprie energie in questa impresa. Baldo riprende l'opera di Iacopo, e anzi spesso, senza dirlo, anche la lettera del testo del suo predecessore. Ciò è vero, ad esempio, a proposito di *LF* I, 1, 1, in cui la *continuatio* di Baldo riprende letteralmente quella di Iacopo[62]. Tuttavia, si deve osservare che poi, commentando il secondo titolo, *De feudo guardiae vel gastaldie*, Baldo si comporta diversamente. Se Iacopo aveva sentito il bisogno di spiegare la successione di questo titolo al precedente, lo aveva però fatto in modo tutto sommato banale, scrivendo che dopo aver parlato della *vita* del feudo in generale, si passava ora a parlare della vita di uno specifico tipo di feudo[63]. Baldo non avverte il bisogno di riprendere questa *continuatio*. Preferisce invece dare al suo commento un maggiore spessore, sottolineando la specifica

[60] BALDO DEGLI UBALDI, *Super feudis*, cit., *ad LF* I, 1, 1, c. 11*v*A *pr.*

[61] *Ibidem*, rispettivamente *ad LF* I, 2, c. 15rB n. 1; *ad LF* I, 4, 2, c. 20*r*A *pr.*; *ad LF* I, 4, 3, c. 20*v*B *pr.*; *ad LF* I, 5, c. 26*r*B.

[62] IACOBUS DE BELVISO, *Commentarii*, cit., *ad LF* I, 1, 1, c. 81*v*B.

[63] *Ibidem*, *ad LF* I, 2, c. 82*v*B: «Licet in isto libro non continuentur rubrice sicut in iure civili, quia non est hic idem stilus et ordo, sumpta tamen materia ex precedentibus istam rubricam sic potestis continuare a precedente. Dictum est supra ti. i. §. et quia de vita et huius feudi inde sumpta materia et occasione sequitur rubrica in qua tractatur de vita feudi guardie et castaldie».

differenza di trattamento dei due tipi di feudo, e notando come lo stesso *incipit* del titolo, «Item», mostri una continuità interna. Si noti anche che, a differenza di Iacopo, non sottolinea la minore coerenza interna dei *Libri feudorum* rispetto alle altre parti del *Corpus iuris civilis*:

«Ista dictio [*scil.* item] est continuata ... et continuatur ad precedentia, quia dictum est supra quod feudum quod datur a minimis valvasoribus potest revocari, hic autem dicitur quod illud quod est datum a quibuscunque valvasoribus si datum est a minimis valvasoribus sicut sunt illi quibus datum est feudum guardie vel castaldie cum commoditatibus illi usui deputatis vel ob eam causam, quia tales sunt minimi vasalli et potius mercenarii et pedagiarii quam vasalli potest post annum libere auferri»[64].

Evidentemente, Baldo non intende limitarsi a redigere *continuationes titulorum* in modo un po' meccanico, per ogni rubrica, ma vuole mostrare, con la propria *interpretatio*, una coerenza interna alla materia feudale, e soprattutto ai *Libri feudorum*, capace di superare ogni obiezione.

Si trattava, ancora una volta, di rafforzare e difendere il legame fra la dottrina e i testi a cui essa si consacrava e che di fatto costruiva, e la legislazione, quel legame che i critici dei *Libri feudorum* mettevano implicitamente in discussione.

Che il problema fosse questo, e questa la strada per risolverlo, ancora almeno nel secolo XV, è dimostrato dall'opera di Iacopo Alvarotti, entrata in circolazione, a quanto dice lo stesso Alvarotti, nel 1438[65]. Introducendo la sua ponderosa fatica, l'Alvarotti ha cura di sottolinearne la completezza, nei testi, nelle *continuationes* che si applica a completare, nelle dottrine dei *doctores*, nel repertorio. Insomma, sembra che il giurista padovano abbia tentato di offrire una 'sistemazione' del diritto feudale, che fino a quel momento, a suo dire, mancava[66]. Da questo punto di vista, Alvarotti

[64] BALDO DEGLI UBALDI, *Super feudis*, cit., *ad LF*, I, 2, c. 15*r*B n. 1.

[65] Su Iacopo Alvarotti cfr. A. BELLONI, *Professori giuristi a Padova nel secolo XV. Profili bio-bibliografici e cattedre* (Ius commune. Sonderhefte, 28), Frankfurt a.M. 1986, pp. 211-214, qui p. 212.

[66] IACOPO ALVAROTTI, [*Super feudis*], Venetiis, s.n., 1477, Proemio, cc. n.n.: «Quis enim ad hec usque tempora continuationes rubricarum ut congruum fuerat ad plenum induxit, quae tamen profecto non minus laudabiliter prout in aliis nostri iuris civilis partibus fieri consuevit, in presenti opere et adduci et declarari potuerunt. Quis scribentium adhuc in textualibus ad integritatem ihesit. Nullus praeterea glosator expeditionem declarationem suo debito ordine prosecutus est, verum eas, aut in totum suo loco, vel pro parte omittendo, vel saltem, ut decens fuerat, eas non nobis planas sed confusas relinquendo. Quis omnium aliorum sententias doctorum atque dicta suo volumine comprehendit. Quis materias feudales ubique alibi vagas et dispersas una simili congerie collocavit. Quis omnia capitula extraordinaria alterius compilationis huic nostro feudorum operi interseruit, que

percorre il cammino di Baldo. Tuttavia, non mancano le differenze, e ciò è evidente soprattutto quando Iacopo affronta la questione dell'autenticità dei *Libri*. Anzitutto, egli distingue fra le costituzioni imperiali contenute nei *Libri*, la cui autorevolezza è fuori discussione, e il restante materiale[67]. Già questo è molto significativo. Baldo aveva cercato di ribadire l'unità della compilazione feudistica, proprio per rispondere alle obiezioni mosse dai detrattori del diritto feudale. Iacopo invece cerca di distinguere. E, quanto a quella parte dei *Libri* che non consta di costituzioni, le argomentazioni di Iacopo, pur riprendendo largamente quelle di Baldo, tuttavia hanno un tono diverso. Baldo si era sforzato di ribadire il nesso fra legislazione e *interpretatio*, e di rafforzare il carattere sapienziale della tradizione giuridica, che proprio nei *Libri feudorum* trova una delle sue più evidenti espressioni. Iacopo Alvarotti, pur riprendendo le sue argomentazioni, tiene però a sottolineare che l'ininterrotto susseguirsi delle dottrine, la continua serie delle *interpretationes* dei giuristi intorno ai testi feudistici, hanno prodotto, infine, una vera consuetudine, attribuendo ai testi feudistici quella *auctoritas* legislativa che essi non potevano avere in virtù della propria origine[68]. Se Baldo sottolineava che si poteva argomentare basandosi sull'autorevolezza della dottrina, dei dottori, «quorum autoritate

tamen frequenter a nonnullis doctoribus suis in voluminibus allegantur. Quis insuper per cuiuslibet capituli vel paragraphi commentum, ubi de eadem materia in utroque iure habeatur et per glosas et doctores copiosas remissiones adduxit. Quis postremo repertorii tabulam superaddidit, quo facile quis quod cupit reperire queat. Hoc enim summe necessarium existimavi, cum plerunque quod ipsi studentes et presertim scolastici has nostras leges et consuetudines feudales non multum familiares habere consueverunt».

[67] *Ibidem*: «De legibus imperatorum, sicut Conradi Lotharii Frederici primi et Frederici secundi, quorum plures leges reperiuntur in hoc libro interserte et insuper aliorum imperatorum, non est dubitandum aliquo modo quod sunt auctorizabiles, cum sint leges imperatorum ... De ceteris autem consuetudinibus et decisionibus scriptis vel recitatis per Girardum Cagapisti vel Obertum de Orto, qui fuerunt plurimorum dubiorum decisores videtur plurimum dubitandum quia necubi reperitur quod habuerunt auctoritatem legis condende, que non presumitur data nisi probetur».

[68] *Ibidem*: «Sed tamen veritas est in contrarium videlicet quod immo tales sue leges seu decisiones scripte adducte vel recitate in hoc opere sint auctorizabiles, allegabiles et servande, quia semper sic est observatum et interpretatum, et a tanto tempore citra cuius initii non extat memoria, item quia hic liber semper fuit lectus pro autentico in studiis generalibus, et super eo multi et maximi doctores scripserunt componendo glosas et summas, et sic debet haberi ac si constaret quod esset scriptus per habentem potestatem condendi legem ... Item quia nunquam fuit hoc in questione deductum, nec in contrarium apparet, unde tacito consensu per tantum tempus videntur approbata hec iura diutius observata ... Item quia semper allegantur iura eius sicut aliorum librorum legalium unde minime sunt mutanda etc.».

arguere non est absonum»[69], Iacopo preferisce dire che la continuità della dottrina, mai seriamente messa in discussione, ha conferito alla compilazione feudistica uno *status* di tipo legislativo, «et sic debet haberi ac si constaret quod esset scriptus per habentem potestatem condendi legem»[70]. Vi sono anche altre argomentazioni, quali l'approvazione dei pontefici e quella, almeno tacita, degli imperatori, peraltro presenti anche in Baldo[71]. Ma il fatto importante è il ruolo della dottrina, le cui pretese si rivelano, in ultimo, maggiori e più complesse in Baldo che nell'Alvarotti, ad onta delle dimensioni del testo feudistico di quest'ultimo. L'impressione è che Baldo rivendichi per la scienza giuridica un peso ben più consistente, ponendola a fondamento stesso dell'argomentazione, mentre Iacopo tende ad avvalersi della tradizione scientifica per fondare un'analogia fra la legge e i *Libri feudorum*. Forse questo spiega perché l'Alvarotti critichi Baldo per non aver ricercato tutta la dovuta completezza nell'esporre le dottrine intorno ai singoli luoghi e problemi:

«Novissime Baldus doctor illustris qui et si plures notabiles et frequentes decisiones in suis scriptis adduxerit, profecto tamen et plerunque glosarum et aliorum scribentium sententias ad materiam pertinentes, aut in totum omisit aut sine ordine ullo prosecutus est»[72].

Per Baldo, il problema non era semplicemente raccogliere tutta la tradizione dottrinale in materia feudale, ma dare conto di quei *glosatorum vertices* sulla cui base si poteva argomentare. Per Iacopo Alvarotti, invece,

[69] BALDO DEGLI UBALDI, *Super feudis*, cit., *Prohemium*, c. 3*r*A n. 4.

[70] IACOPO ALVAROTTI, [*Super feudis*], cit., Proemio, c. n.n.

[71] *Ibidem*: «Item quia nonnulle decretales sequuntur decisiones in hoc libro situatas ... Constat autem nullam esse argumentabiliorem probationem quam summorum pontificum et imperatorum ... Item adducitur et alia ratio, quia iste consuetudines inter imperiales constitutiones inserte sunt et de principis conscientia, ergo etc. ... Item quia iste consuetudines in principis curia observantur et ipso mandante fuerunt autenticate, ut dixi supra in prologo. Nam ut ait Odoffredus in autentica cassa. de sacrosanctis ecclesiis imperator Fredericus secundus misit consuetudines autenticorum que sunt Iustiniani ad collegium doctorum Papie ut aptarent eas sub congruis titulis, et ita ipsi fecerunt. Sed postea dominus Ugolinus glosator antiquus post nonam collationem autenticorum posuit hunc librum feudorum, et omnes constitutiones imperatoris Frederici antiqui et iunioris, et aliquas alias, et vocavit decimam collationem. Concluditur ergo quod hic liber sit auctorizabilis, et ita se habet communis opinio in omnibus studiis, tam ultra montes quam citra, et omnes doctores ita sequuntur et tenent, et nos tenere debemus». Pare appena il caso di notare che l'Alvarotti fraintende qui sia Odofredo che soprattutto, ad avviso di chi scrive, Baldo, immaginando che Federico II abbia inviato ai dottori di Pavia (!) l'*Authenticum* per trasformarlo in *authenticae* da collocare nei luoghi opportuni del *Codex*. Sul punto cfr. C. DANUSSO, *Ricerche*, cit., p. 166, ma anche *supra*, pp. 523-527.

[72] IACOPO ALVAROTTI, [*Super feudis*], cit., Proemio, c. n.n.

la completezza è necessaria, perché solo questo può fondare, in modo simile alla consuetudine, quel tipo di autorevolezza, analoga a quella legislativa, che egli rivendica ai *Libri feudorum*.

Le pretese dell'Alvarotti si rivelarono insostenibili. Ne è testimone, infine, Ulrich Zasius, che alle soglie del secolo XVI redige la sua importante *In usus feudorum epitome, ordine et utilitate commendabilis*[73]. Zasius da un lato criticò aspramente l'opera dell'Alvarotti[74], dall'altra non esitò a dare a tutta la materia feudistica una nuova sistemazione. Questo fu possibile grazie a una riaffermazione del ruolo della dottrina e dell'*interpretatio*, tanto sottolineato da Baldo, e che Zasius enuncia in modo chiarissimo fin dall'inizio della sua opera: «Feudales consuetudines, iuri civili incognitas, prudentum tamen moribus receptas, explicare pergimus»[75].

Le consuetudini feudali sono parte certo dei *mores*, ma non di costumi popolari. Sono i sapienti a fondare l'autorità dei diritto feudale, e ciò in considerazione della grande utilità di questo diritto per chi governa la *res publica*[76]. In fondo, si tratta della conferma di ciò che già Baldo aveva detto, spiegando le ragioni che lo avevano indotto ad occuparsi di diritto feudale.

Tuttavia, anche a Zasius si presenta il problema dell'autenticità dei *Libri feudorum*. Egli ha ben presente le critiche da taluni mosse ai *Libri feudorum*[77]. Ma la sua risposta è recisa: i *Libri* hanno autorità di legge, in

[73] L'opera feudistica di Zasius ebbe origine da un corso di lezioni, da lui tenuto nell'anno 1518-1519, ma fu pubblicata solo poco prima della morte del giurista tedesco, nel 1535. Cfr. S. ROWAN, *Ulrich Zasius. A Jurist in the German Renaissance (1461-1535)*, (Ius Commune. Sonderhefte, 31) Frankfurt a.M. 1987, pp. 86-87.

[74] ULRICH ZASIUS, *Epitome in usus feudorum*, in *Opera Omnia*, IV, Lugduni, Apud Sebastianum Gryphium, 1550, col. 243 n. 2: «Unde frustra laborat Alvarotus in continuandis invicem titulis, ut qui tumultuarie, et ut in buccam venerant, congesti sint».

[75] *Ibidem*, col. 243 *pr.*

[76] *Ibidem*: «Quae [*scilicet* consuetudines] tametsi parum ex ordine, et modica rei latinae puritate traditae (titulorum enim capita temere, et velut ex re nata congeruntur) utiles tamen sunt et necessariae his, quibus rerumpublicarum commodis adesse consilium est».

[77] *Ibidem*, col. 243 n. 3: «Hostiensis tamen in summa de immunitatibus ecclesiasticis §. in quantum. negavit placita feudalia autoritatem legis habere: quod et Aegidius Bellamera. consil. xlviii. asseveranter sensit, motus quod huiusmodi consuetudines a simplicibus et privatis viris Oberto et Girardo, quibus legis condendae non fuerit autoritas, sint collectae. Unde volunt quod huiusmodi consuetudines nihil secius operentur, quam consuetudines». Cfr. ENRICO DA SUSA, *Summa super titulis Decretalium*, Venetiis, Per Thomam de Blavis de Alexandria, 1490, *ad X, De immunitate* (= X, III, 49), §. *In quantum* (*foll.* non numerati): «Iura librorum feudorum non astringunt aliquos, nisi sit l. imperialis». Inoltre G. DE

forza della *communis opinio*, tanto nel foro secolare quando in quello della Chiesa[78]. Insomma, la questione è risolta con una tale brevità, che pare quasi non essere davvero viva. Sembra che agli inizi del XVI secolo il problema dell'autenticità dei *Libri*, sollevato duecento anni prima con tanta sorpresa di Iacopo da Belviso, sia ormai prossimo a spegnersi. In questo senso, la dottrina ha vinto. Con una lunga lotta, di cui Baldo ha rappresentato per molti riguardi la più alta espressione, è riuscita infine a legittimare i *Libri feudorum*, superando quelle critiche che, colpendo i *Libri*, in realtà insidiavano la dottrina medesima. E ha fatto tutto questo nel campo del diritto feudale, cioè in un ambito da un lato fondamentale per ogni dibattito e costruzione di diritto pubblico, ma dall'altro del tutto sconosciuto alla tradizione giuridica civilistica. Non solo la scienza giuridica è riuscita a imporre i *Libri feudorum* all'attenzione dell'insegnamento e del potere, ma anche ha potuto legittimare i *Libri* stessi come parte del *Corpus Iuris* e quasi trasformarli in una sorta di piccolo *Corpus* feudistico.

D'altro canto, difendendo il proprio ruolo la scienza giuridica ha anche difeso gli stretti legami con la legislazione e l'autorità del legislatore. Agli inizi della modernità il rinnovato impegno feudistico dei maggiori giuristi significa proprio unità intima fra dottrina e legislazione, complementarietà dei rispettivi punti di vista giuridici, pur in un contesto in cui la legge assume importanza crescente (e di questa importanza era stato a suo tempo un sintomo proprio la critica ai *Libri feudorum*, come si è visto). Grazie all'opera dei giuristi del XIV e XV secolo, Baldo su tutti, il diritto feudale ha continuato a essere fondamentale per ogni riflessione di diritto pubblico, e per l'azione politica degli stessi principi. Per questo, in Germania, uno Zasius sente il bisogno di dedicarvi un corso e un vero e originale trattato, come abbiamo visto. E per le stesse ragioni in Francia, nel 1566, Jacques Cujas pubblicò una singolare edizione dei *Libri*, su cui occorre dire qualche parola conclusiva[79]. A parte la disposizione dell'opera in cinque libri, che risponde in realtà all'esigenza di distinguere le varie stratificazioni successive di cui constano i *Libri feudorum*, occorre fare attenzione anzitutto al fatto che Cujas non affronta affatto, in modo

BELLEMÈRE, *Consilia*, Venetiis, Apud Franciscum Zilettum, 1579, XLVIII, nn. 9, 32, 48, cc. 181*v*A-190*r*B, qui cc. 183*r*AB, 186*r*B-*v*A, 189*r*B-*v*B.

[78] ULRICH ZASIUS, *Epitome in usus feudorum*, cit., coll. 243-244: «Sed pro primo dicto [cioè il valore di legge dei *Libri feudorum*] est communis opinio ... Habent ergo legis vicem usus feudorum, non solum in foro seculari, set etiam ecclesiastico».

[79] Per Cujas, osservazioni bio-bibliografiche in L. WINKEL, *Cujas (Cujacius) Jacques*, in *Dictionnaire historique des juristes français (XIIe-Xxe siècle)*, cit., pp. 220B-222B, qui p. 221B.

esplicito, il problema dell'autenticità dei *Libri feudorum*. Evidentemente per lui, ancor più che per Zasius, la cosa non appare di grande interesse. Però, osserva, la validità dei *Libri feudorum* non è limitata all'Italia, ma tutti i popoli vi fanno ricorso, anche i Francesi, purché quel diritto non contrasti con il proprio[80].

In Cujas il problema dell'autenticità dei *Libri* ha lasciato del tutto il posto a quello della loro applicabilità universale, con ciò dimostrando, una volta ancora, il successo dell'operazione condotta da Iacopo da Belviso, Andrea d'Isernia, e soprattutto Baldo, che avevano difeso non solo i *Libri feudorum*, ma quel particolare rapporto fra legge e dottrina di cui i *Libri* stessi, con la loro storia e la loro peculiare struttura erano espressione, dando così l'avvio non solo a una scienza feudistica di dimensioni europee, ma a una parte consistente della giuspubblicistica della prima età moderna.

[80] JACQUES CUJAS, *De feudis libri quinque*, in *Opera quae de iure fecit*, II, Lutetiae Parisiorum, Typis mandabantur sumptibus Dionysii de la Noüe via Iacobea sub signo Nominis Iesu, 1617, I, col. 791BC: «Et hos quidem Italiae mores et ius quod his libris digestum est, aliae gentes si qua in re propriis moribus deficiantur, libenter observant ... et nos quoque ius feudorum, quo Italia utitur, sequimur non inviti, nisi si qua in re pugnet cum legibus aut moribus nostris».

*Résumé*

DIE ITALIENISCHE FEUDISTIK IM SPANNUNGSFELD VON MITTELALTERLICHER TRADITION UND MODERNITÄT

Die Geschichtsschreibung hat auf den Spuren von Heinrich Mitteis schon lange die Wichtigkeit der lehnsrechtlichen Tradition für die Entwicklung des öffentlichen Rechts und seiner Lehre anerkannt. Im Bereich der Feudistik nimmt dann das Werk von Baldus de Ubaldis, sowohl aufgrund der allgemeineren Wichtigkeit des Autors einen besonderen Platz ein als auch wegen des Anlasses und des Empfängers seiner *Lectura feudorum*, die Gian Galeazzo Visconti in einem der entscheidenden Momente für die Errichtung einer starken Zentralgewalt im Herzogtum Mailand gewidmet ist.

Baldus, der ein schon von seinen Vorgängern – wie Iacopo da Belviso und Andrea d'Isernia – diskutiertes Problem wieder aufgriff, beharrt mit Nachdruck auf der *auctoritas* der *Libri feudorum* und verwirft deren rein private Bedeutung. Ihm geht es darum, unter Wiederverwendung schon bekannter Motive, die er aber mit einem Verständnis der *civilis sapientia* verbindet, das der Lehre Bartolus de Saxoferratos viel schuldet und sich schon von humanistischen Problemen und Ansätzen nährt, den Zusammenhang zwischen kaiserlicher Gesetzgebung, Lehnrecht und Rechtswissenschaft wieder herzustellen und zu stärken. Der Ausgang ist also die Einrichtung einer Art *Corpus iuris feudalis* innerhalb des umfassenderen zivilrechtlichen *Corpus*: als Ort der Integration von zivilrechtlicher und kanonistischer Tradition und als Sammelstelle für einige der wichtigsten öffentlich-rechtlichen *rationes*.

Die Bemühungen, dem Lehnrecht und seiner Sammlung einen «öffentlichen» Wert und eine «öffentliche» Autorität zuzusprechen, werden später unter ganz anderen Vorzeichen z.B. von Iacopo Alvarotti wieder aufgegriffen, der die Lehre von der Gewohnheit ausschöpfen wird, um den *Libri* einen «fast legislativen» Wert zuzuschreiben, von Ulrich Zasius, der einerseits die öffentlich-rechtliche Wichtigkeit der *Libri feudorum* betont und andererseits deren «gewohnheitlich-theoretischen» Lehrcharakter, und zuletzt von Jacques Cujas, der 1566 eine neue und äußerst originelle Ausgabe der feudalrechtlichen Sammlung veröffentlicht und ihr endgültig einen wenn auch verschiedentlich von den *iura propria* derogierten und derogierbaren Charakter als *ius commune* zuerkennt.

*Übersetzung von Friederike Oursin*

# Ius commune in der Reichspublizistik der frühen Neuzeit

von *Susanne Lepsius*

## I. Problemstellung und eigenes Untersuchungsinteresse

Nach der Prägung der Reichspublizistik durch die Systematik des römischen Rechts und durch juristische Kategorien des *ius commune* zu fragen erscheint im Hinblick auf die Fragestellung der gesamten Tagung, die die Herausbildung des öffentlichen Rechts zum Gegenstand nimmt, paradox oder jedenfalls wenig fruchtbar. Denn die maßgeblichen Forschungen von Stolleis zur Herausbildung des öffentlichen Rechts als eigenem Fach an den Universitäten des römisch-deutschen Reichs betonen unter wissenschaftsgeschichtlichem Aspekt die Neuerungen in der frühneuzeitlichen Reichspublizistik, also den Bruch mit der Vergangenheit. So habe sich erstmals seit dem 16. Jahrhundert auch eine Selbstwahrnehmung als eigenes Fach mit eigenen Lehrstühlen herausgebildet, dessen zentrale neue Literaturgattung die nun erstmals nachweisbaren großen *tractatus de iure publico* waren. Inhaltlich habe man sich zunehmend an der mittelalterlichen deutschen Geschichte orientiert, die *leges fundamentales*, angefangen von der *Goldenen Bulle*, in den Vordergrund der wissenschaftlichen Bearbeitung gerückt und daher auch das Gesetzgebungsrecht als Insignium der Macht und des Öffentlichen gegenüber dem früheren Vorrang der *iurisdictio* im Sinne der Rechtsprechung[1] betont. Seit dem 17. Jahrhundert habe man sich daher in diesem neu ausdifferenzierten Teilbereich der Rechtswissenschaft immer weniger auf die Kategorien des römischen Rechts beziehen müssen. Wenngleich es noch einzelne Veröffentlichungen zu den einschlägigen Passagen des römischen Rechts gab, seien diese jedoch nicht mehr ausschlaggebend gewesen[2].

[1] Vgl. zum großen Bedeutungs- und Begriffsfeld der *iurisdictio* im mittelalterlichen *ius commune* nach wie vor grundlegend P. Costa, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, (Pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza di Firenze, 1) Milano 1969.

[2] M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 1: *Reichspublizistik und Policeywissenschaft 1600-1800*, München 1988, S. 146-154.

Auch die Studien von Strohm verweisen auf das Innovationspotential vor allem calvinistisch geprägter Autoren des 16. und 17. Jahrhunderts für das neue Fach Öffentliches Recht und für die Bestimmung des Verhältnisses zum damals entstehenden frühneuzeitlichen Staat. Aufgrund ihrer persönlichen Verbindungen zum französischen juristischen Humanismus habe gerade in den westlichen Universitäten des Reichs, vor allem in Heidelberg, aber auch in Gießen und Marburg früh eine Rezeption bzw. kritische Auseinandersetzung durch den seit 1591 in mehreren dicht aufeinander folgenden Ausgaben auf Deutsch publizierten Bodin eingesetzt[3]. Jean Bodin sei dabei vor allem einerseits mit seiner Souveränitätslehre und andererseits mit seiner in Deutschland überwiegend abgelehnten kategorialen Erfassung des römischen Reichs als reiner Aristokratie zum Katalysator des Fachs Öffentliches Recht geworden[4]. Zwar verweist Strohm selbst auf die Ambivalenz der Schriften *De iurisdictione*, die sowohl in großer Zahl im protestantischen Umfeld, und zwar in beiden späteren als Konfessionen ausgebildeten Religionsparteien, wie im katholischen Bereich nachweisbar sind. Er interpretiert diesen Befund jedoch so, dass lediglich im protestantischen Bereich das einschlägige Digestenfragment *Dig.* 2.1.3 zum Ausgangspunkt von monographischen Untersuchungen gewählt worden sei[5], während von eindeutig als katholisch einzuordnenden Autoren lediglich unbedeutende kurze Veröffentlichungen, also Dissertationen, verfasst worden seien[6].

Trotz dieses anscheinend eindeutigen Befundes soll im Folgenden nach möglichen Kontinuitätslinien vom spätmittelalterlichen politisch-öffentlichrechtlichen Diskurs zu den Veröffentlichungen der frühneuzeitlichen Reichspublizistik gefragt werden. Zur Relativierung eines womöglich zu stark die in diesem Zeitraum erfolgten Neuerungen betonenden Bildes sollen also die «non-modern aspects of modernity» (Diego Quaglioni) in den Blick genommen werden. Lassen sich auch bei Bodin an zentralen Stellen seines Souveränitätsbegriffs maßgebliche Versatzstücke und

[3] Zu den Bodin-Übersetzungen ins Deutsche seit 1590 siehe *ibidem*, S. 174 f.

[4] C. Strohm, *Weltanschaulich-konfessionelle Aspekte im Werk reformierter Juristen*, in «Rechtsgeschichte», 15, 2009, S. 14-32.

[5] C. Strohm, *Calvinismus und Recht. Weltanschaulich-konfessionelle Aspekte im Werk reformierter Juristen in der Frühen Neuzeit* (Spätmittelalter, Humanismus, Reformation, 42), Tübingen 2008, S. 343-349, 347 f.

[6] *Ibidem*, S. 344 Anm. 84 f. zur Übersicht der an den katholischen Universitäten Köln und Ingolstadt, teilweise auch in Freiburg i.Br., nachzuweisenden Dissertationen *de iurisdictione*.

Bezugnahmen auf das spätmittelalterliche *ius commune* nachweisen[7], und hatte auch Troje auf die nach wie vor wichtigen Topoi von *administratio*, *imperium* und *iurisdictio* im politischen Diskurs hingewiesen[8], sollen im folgenden systematisch markante Topoi des gelehrten römischen Rechts in den Blick genommen werden. Anhand der zentralen *sedes materie*, die schon Accursius, Jacques de Revigny, Pierre Belleperche, Bartolus von Sassoferrato und Baldus de Ubaldis dazu gedient hatten, die Fragen der höchsten Gewalt, der Herrschaft, der Stellung und Befugnisse von Kaiser und *princeps* zu erörtern, ist die Frage aufzuwerfen, inwieweit die gleichen Belegstellen auch in der frühneuzeitlichen Publizistik eine zentrale Rolle spielten. Dienten also die überlieferten Kernstellen des *ius commune* dazu, einerseits nach wie vor die Kernprobleme des öffentlichen Rechts konzeptionell zu erfassen und zu systematisieren, und inhaltlich andererseits in kaiser- bzw. ständefreundlicher Absicht Stellung zu nehmen, wie die herrscherliche Gewalt auszugestalten, gegebenenfalls auch rechtlich zu binden war?

Als Untersuchungsgegenstand werden im Folgenden vorrangig Dissertationen und Traktate herangezogen, die im 16.-18. Jahrhundert an deutschen Universitäten entstanden sind. Einerseits waren nämlich die Dissertationen ein wirklich neues Medium, mit dem etablierte Professoren neue Thesen von Doktoranden (sozusagen probehalber) erörtern lassen konnten, andererseits gewähren sie einen besseren Einblick in das Durchschnittswissen ihrer Zeit und können besser als manche herausragende Einzelpublikation einen Einblick in den fachlichen Wissensstand gewähren[9]. Mit einer Auflage von 100 bis 200 Exemplaren erfuhren die Dissertationen

[7] Unter Verweis auf die schon in den mittelalterlichen Quellen diskutierten Einschränkungen, dass selbst absolute Herrscher von bestimmten Gesetzen nicht dispensieren konnten. Hier zitiert Bodin Autoren wie Innozenz IV., Abbas Panormitanus, Johannes de Imola und andere, vgl. JEAN BODIN, *Six livres de la République*, Paris 1583, ND Aalen 1971, l. 1, c. 8 («De la souveranité»), S. 150 n. 6.

[8] H.E. TROJE, *Die Literatur des gemeinen Rechts unter dem Einfluß des Humanismus*, in H. COING (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur zum römischen Recht*, Bd. 2: *Neuere Zeit (1500-1800) – Das Zeitalter des gemeinen Rechts*, Tlbd. 1: *Die Wissenschaft*, München 1977, S. 706 f. Troje verweist hier fast durchgängig auf außerdeutsche Autoren, vor allem französische Gelehrte wie Bodin, Duaren, Baron und auf den Niederländer Noodt, lässt also die Autoren der sogenannten «Reichspublizistik» unberücksichtigt.

[9] Zu den Problemen der Autorenschaft der Dissertationen, die daher sowohl dem Praeses wie dem Respondenten zugeschrieben werden muss, vgl. hierzu nach wie vor G. SCHUBART-FIKENTSCHER, *Untersuchungen zur Autorschaft von Dissertationen im Zeitalter der Aufklärung* (Sitzungsberichte der Sächsischen Akademie der Wissenschaften zu Leipzig, philologisch-historische Klasse, 114,5), Berlin 1970.

eine recht hohe Verbreitung; teilweise wurden sie sogar nachgedruckt. Gerade für ein neues Fach wie das *ius publicum* kann die Analyse von Dissertationen bemerkenswerte Einblicke in quantitative Schwerpunkte der Bearbeitung liefern, also Aussagen dazu ermöglichen, welche Themen an welchen Universitäten zu welchen Zeiten hauptsächlich bearbeitet wurden[10]. Ausgewertet wurden für die folgende Untersuchung die ca. 60.000 im Frankfurter Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte vorhandenen Dissertationen, die anders als die Bestände anderer Universitäten bibliographisch hervorragend erfasst und recherchierbar sind. Hinzukommen noch die weiteren Titel speziell zum Problemkreis «de iurisdictione», die von Strohm[11] als Belege des juristischen Diskurses an den katholischen Universitäten Ingolstadt, Freiburg i.Br. und Köln zusammengetragen worden sind. Hiermit ist das methodische Problem auch der folgenden Untersuchung bereits angedeutet. Mangels spezieller Übersichten, zu welchen Themen Dissertationen an diesen Universitäten[12] oder etwa auch in Erfurt, Würzburg, Salzburg entstanden sind, ist stets zu berücksichtigen, dass die am Frankfurter Max Planck Institut vorhandenen Bestände auf Sammlungen protestantischer Juristen, etwa diejenigen durch Lehnemann und Nettelbladt, zurückgehen, also ihrerseits im protestantischen Umkreis entstanden sein dürften[13]. Mangels vergleichbar detaillierter Bestandsaufnahmen sind dagegen unsere Kenntnisse über

[10] K. HÄRTER, *Ius publicum und Reichsrecht in den juristischen Dissertationen mitteleuropäischer Universitäten der Frühen Neuzeit*, in J. KRYNEN - M. STOLLEIS (Hrsg.), *Science politique et droit public dans les facultés de droit européennes (XIIIe- XVIIIe siècle)*, (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 229) Frankfurt a.M. 2008, S. 485-528.

[11] C. STROHM, *Calvinismus und Recht*, S. 344 Anm. 84 f.

[12] So liegen etwa zu Ingolstadt nur Untersuchungen zu den Studienordnungen und Doktoranden an der juristischen Fakultät in der frühen Neuzeit vor, nicht jedoch eine Übersicht aller dort entstandenen und publizierten Werke. Vgl. H. WOLFF, *Geschichte der Ingolstädter Juristenfakultät 1472-1625* (Ludovico Maximilianea – Abteilung Forschungen, LMF 5), Berlin 1973; K. NEUMAIER, *Ius publicum. Studien zur barocken Rechtsgelehrsamkeit an der Universität Ingolstadt* (Ludovico Maximilanea. Abteilung Forschungen, LMF 6), Berlin 1974, S. 272-276 listet unter den gedruckten Quellen auch Dissertationen, die in Ingolstadt entstanden, allerdings ohne Angabe des Respondenten. Wenig brauchbar, weil nur lückenhaft das damals katalogisierte Material erfassend, dagegen M. AHRENS, *Gesamtkatalog der Dissertationen der Juristischen Fakultät der Universität München*, Dissertation München, 1979; unergiebig weil ohne Bezeichnung der Dissertationsthemen und für die Frühzeit ausschließlich auf Wolff gestützt schließlich auch L. RESCH - L. BUZAS, *Verzeichnis der Doktoren und Dissertationen der Universität Ingolstadt – Landshut – München 1472-1970*, Bd. 1: *Theologische, Juristische, Staatwirtschaftliche Fakultät*, München 1975.

[13] Auf dieses methodische Caveat weist auch schon K. HÄRTER, *Ius publicum und Reichsrecht*, S. 490 hin.

die Produktion von Dissertationen an den katholischen Universitäten wesentlich oberflächlicher und äußerst lückenhaft.

## II. Vier Themenkreise als Ausgangspunkt öffentlich-rechtlichen Denkens in der Reichspublizistik

Vier Argumentationsmuster und *sedes materiae* waren bereits für das mittelalterliche gelehrte Recht die zentralen Anknüpfungspunkte, um Kernfragen von Herrschaft, der Stellung des Kaisers, sein Verhältnis zum Volk und dessen Vertretungsorganen sowie seiner Gesetzgebungs- und Rechtsprechungskompetenz zu erörtern.

1) Ausgehend von der *l. Bene a Zenone, ff. de prescriptione* (*Cod.* 7.37.3) bzw. der *lex Rhodia de iactu* (*Dig.* 14.2.9) erörterte man, ob der Kaiser *dominus mundi* bzw. (nur) *dominus orbis terrarum* sei – gegebenenenfalls bei letzterer Stelle auch, ob er nur über das Land, aber eben nicht über die Meere Herrschaft und Eigentum ausübe. Gerade die Auseinandersetzung mit der Stelle *l. Bene a Zenone* bot den mittelalterlichen Juristen die Gelegenheit, auf die berühmte Anekdote einzugehen: Danach sollen sich die Glossatoren Azo und Lothar, bzw. in anderer Lesart schon die eine Generation zuvor aktiven Glossatoren Martinus und Bulgarus, auf die Frage des römischen Kaisers hin, ob er tatsächlich Eigentum an allen Dingen seiner Untertanen habe, sich einerseits befürwortend, andererseits einschränkend geäußert haben sollten. Dabei soll der jeweils kaiserfreundlich antwortende Glossator zur Belohnung vom Kaiser ein Pferd geschenkt erhalten haben, was in der späteren Literatur durchweg als unbillig («inequum») charakterisiert wurde[14]. Die Stelle bot sich somit an, um Herrschaft über Land, die ein eigentums- bzw. besitzrechtliches Verständnis nach lehensrechtlichen Kategorien nahelegte, von einer spezifischen amtsbezogenen und allein durch das Amt vermittelten Herrschaft abzugrenzen.

2) Obwohl die auf dem Reichstag in Roncaglia entstandene und einen Ausgangspunkt für diesen Tagungszyklus bildende *lex Omnis iurisdic-*

[14] S. Lepsius, *«Iurisdictio» und «districtus» bei Jacques de Révigny. Die Auseinandersetzung der französischen Legistik mit einem staufischen Herrschaftskonzept*, in G. Dilcher - D. Quaglioni (Hrsg.), *Gli inizi del diritto pubblico, 2: Da Federico I a Federico II / Die Anfänge des öffentlichen Rechts, 2: Von Friedrich Barbarossa zu Friedrich II.* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Contributi/Beiträge, 21), Bologna - Berlin 2008, S. 247-274, besonders S. 258-265 zum angeblich schon auf dem Reichstag von Roncaglia 1158 stattgefundenen Zusammentreffen der Glossatoren Martinus und Bulgarus mit Kaiser Friedrich I. und einer anderen Darstellung bei Jacques de Revigny.

*tio*[15] nicht in die Schultradition aufgenommen worden war, erörterten die mittelalterlichen Schuljuristen die Kernfragen öffentlich-rechtlicher Probleme bezüglich Herrschaft, Rechtsprechungskompetenz und Amtsverständnis im Kontext des Codex-Titels *de iurisdictione* (*Cod.* 3.13) und der *lex Imperium, ff. de iurisdictione omnium iudicum* (*Dig.* 2.1.3). Im Einzelnen kamen die unterschiedlichen Autoren dabei naturgemäß zu verschiedenen Wertungen. So ging Jacques de Revigny davon aus, es gebe Magistrate mit einer originären Rechtsprechungskompetenz, also einem eigenständigem *imperium*, während Pierre de Belleperche durchweg den vertikalen Ableitungszusammenhang sowie die Delegation aller Amtsbefugnisse von einem Herrscher, den er fast durchweg mit dem französischen König identifizierte, ins Zentrum seiner Überlegungen rückte. Trotz unterschiedlicher Interpretationen, inwieweit ausschließlich der *princeps* an der Spitze einer Befugnispyramide zu verorten war, oder ob es selbständige Kompetenzträger geben konnte, waren sich die Autoren einig, dass Normsetzungsbefugnis im Einzelfall der gerichtlichen Entscheidung wie auch im Fall der abstrakteren Normensetzung mit Zwangsgewalt (*imperium* oder *districtus*, wie es noch auf Reichstag in Roncaglia formuliert worden war) Hand in Hand gingen. Je nach Sachbereich konnte das *imperium* dann in verschiedenen Abstufungen, von der einfachen Zwangsgewalt im Zivilprozess bis hin zum Blutbann bei der Strafgerichtsbarkeit vorliegen.

3) Die sogenannte *lex Regia* mit ihrer klassischen Formulierung «quod principi placuit, legis habet vigorem» findet sich in *Dig.* 1.4.1 formuliert. Bei der wissenschaftlichen Bearbeitung dieser *sedes materie* gelangten die verschiedenen Autoren durchaus zu unterschiedlichen Ergebnissen, ob das römische Volk seine Gesetzgebungsgewalt endgültig und privativ oder nur widerruflich auf den Kaiser übertragen habe[16].

4) Schließlich war auch schon im Mittelalter die dann vor allem für die Ausbildung des Absolutismus immer wieder als paradigmatisch angezogene *lex Princeps legibus solutus, ff. de legibus et senatusconsultis* (*Dig.* 1.3.31)

[15] Im zunächst von Colorni [V. COLORNI, *Die drei verschollenen Gesetze des Reichstages bei Roncaglia wieder aufgefunden in einer Pariser Handschrift (Bibl. Nat. Cod. Lat. 4677)*, (Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, NF 12) Aalen 1969, S. 26, 28-33] rekonstruierten Wortlaut: «Omnis iurisdictio et districtus apud principem est et omnes iudices a principe administrationem accipere debent et iusiurandum prestare, quale a lege constitutum est». Jetzt auch in *DDF. I*, Nr. 238, S. 30 Z. 30 f.

[16] E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico* (Ius nostrum. Studi e testi pubblicati dall'Istituto di storia del diritto italiano dell'università di Roma, 6,1/2), Milano 1962, 1964, besonders Bd. 2, S. 126-131, 175-177.

weithin bearbeitet worden. Schon in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft wurde diskutiert, ob der Herrscher damit von allen Gesetzen ledig sei, oder ob er zwar an die *leges divinae* und *naturales* gebunden sei und lediglich im Gebiet des Zivilrechts sich nicht an seine eigenen Gesetze oder diejenigen seiner Vorgänger halten müsse. Manche Autoren wiesen explizit darauf hin, dass der Herrscher schon kraft Naturrechts daran gebunden sei, sein Wort bzw. seinen Vertrag, etwa auch mit den Ständen, einzuhalten, weil die Regel «pacta sunt servanda» auf der höherrangigen Rechtsquellenebene des Naturrechts verankert sei. Von dieser Rechtsschicht sei der Herrscher nie entbunden. In diesem Kontext konnte je nach Auffassung des Autoren auch die *lex Digna vox* [*Cod.* 1.14(17).4] zur Herrschaftsbegrenzung in Stellung gebracht werden. Danach bekannte der römische Kaiser, seine Autorität gerade aus der Anerkennung der Gesetze abzuleiten.

Welcher Stellenwert kam diesen vier Passagen bei der Erörterung des sogenannten frühneuzeitlichen *ius publicum* zu, und inwieweit ließ sich auch in diesem Kontext ein Rückstand der katholischen Universitäten bis weit in das 18. Jahrhundert hinein[17] feststellen? So ist schon an dieser Stelle festzuhalten, dass an der Universität Ingolstadt immerhin schon 1713 eine Dissertation monographischer Länge *De primis iuris publici principiis* veröffentlicht wurde[18], also nicht nur im protestantischen Bereich Monographien zu diesem Titel verfasst wurden.

Eine systematische Untersuchung anhand der Titel aller im Max-Planck-Institut vorhandenen Dissertationen erlaubt – trotz aller Bedenken, aus dem dort vorhandenen Material quantitative Auswertungen vorzunehmen – doch einige aussagekräftige Beobachtungen zur lang andauernden Prägekraft gelehrter Topoi für die geschilderten öffentlich-rechtliche Probleme.

1) Unangefochten an der Spitze aller behandelten Fragen in den Dissertationen und in den selbständigen, also nicht einem universitären Prüfungs-

[17] Vom quantitativen wie qualitativen Rückstand der katholischen Universitäten bei der Ausbildung des neuen Fachs Öffentliches Recht wie auch allgemein bei der Erörterung der Fragen von Herrschaftsbegründung und Herrschaftsbegrenzung gehen explizit aus N. HAMMERSTEIN, *Num imperium hoc nostrum romanum recte dici etiamnum possit? La doctrine des chroniqueurs d'Empire, des «Reichs-Publicisten»* in *La nozione di «Romano» tra cittadinanza e universalità* (Da Roma alla terza Roma, documenti e studi, studi II), Napoli 1984, S. 89-114, besonders S. 113 f.; M. STOLLEIS, *Reichspublizistik und Policeywissenschaft*, S. 248-252; C. STROHM, *Weltanschaulich-konfessionelle Aspekte*, S. 31 f.

[18] JOHANNES FRIDERICUS DE CHARDEL [praes.] / FRANCISCUS GUILELMUS HOEGGMAYR aus Kehlheim, *Discursus de primis iuris publici principiis*, Dissertation Ingolstadt, 1713 [gedr. Augsburg 1713, 222 S.].

kontext unmittelbar zuzuordnenden, Schriften stehen Untersuchungen zu den Codex- bzw. Digestentiteln *De iurisdictione (et imperio)*. Bis weit ins 18. Jahrhundert hinein wurden zu diesem Titel Abhandlungen verfasst, also weit über das Jahr bis 1620, dem Ende des politischen Calvinismus im Reich mit der Niederlage am Kahlen Berg, hinaus, das Strohm als Endzeitpunkt seiner Untersuchung ansetzt. Zu diesem Thema sind allein im Max-Planck-Institut 153 Veröffentlichungen nachzuweisen, hinzu kommen sieben weitere, von Strohm genannte[19] und eine für Ingolstadt nachgewiesene Untersuchung[20]. Schon Strohm stellt fest, dass gerade bei diesem Themenfeld eine klare Einordnung nach den konfessionellen Entstehungskontexten schwierig ist[21].

Angesichts der nun bekannten, viel zahlreicheren Werktitel ist jedoch seine Aussage, ausschließlich im protestantischen Umfeld seien die großen Monographien entstanden[22], zu relativieren. Denn insgesamt konnte ich lediglich 18 Monographien, also mit mehr als 100 Seiten Umfang, identifizieren, die in der Tat überwiegend an protestantischen Universitäten bzw. Druckorten entstanden sind[23]. Ausnahmen sind dagegen der frühe

[19] C. STROHM, *Calvinismus und Recht*, S. 344-348, nämlich die Schriften: JAKOB LAMPADIUS, *De jurisdictione, juribus principum et statuum imperii*, Heidelberg 1620; MARSILIUS KOCH u. BERNHARD PÜTZ (praes.) / EBERHARD KLEINSORG (resp.), *Theses de iurisdictione omnium iudicum*, Köln 1589; JOHANN MICHAEL CRONENBURGER u. JOHANN HOLLANDT (praes.) / LAMBERTUS LITHOCOMUS (resp.), *Theses de iurisdictione*, Köln 1596; HEINRICH CANISIUS (praes.) / JOHANN GEORG BRUGGLACHER (resp.), *Assertiones de iurisdictione et foro competenti*, Ingolstadt 1605; THOMAS METZGER, *De iurisdictione assertionum iuridicum centuria*, Freiburg i.Br. 1608; THOMAS METZGER (praes.) / FRANCISCUS MEINDERS (resp.), *De iurisdictione. Theses theoretico practicae*, Freiburg i.Br. 1613; CLEMENS CLASSMANN (praes.) / JOHANNES BREG (resp.), *Disputatio iuridica theorico-practica de iurisdictione et foro competenti, ad PRAESENTEM Germanorum reipubl. statum, formam et usum accomodata*, Freiburg i.Br. 1619.

[20] MATTHIAS KAUTT, *Disputatio juridica de jurisdictione in genere et de ecclesiastica et seculari S.R.I. Principum-Episcoporum in specie*, Ingolstadt 1661 [198 S.], nachgewiesen bei K. NEUMAIER, *Ius publicum*, S. 274.

[21] C. STROHM, *Calvinismus und Recht*, S. 344.

[22] *Ibidem*, S. 344-347.

[23] HERMANN VULTEJUS, *Ad Titulos Codicis, Qui sunt De Iurisdictione & foro competenti, Commentarius*, Frankfurt a.M. 1599, 648 S.; SCIPIO GENTILI, *De iurisdictione libri tres*, Frankfurt a.M. 1601, 475 S.; MARK ANTOINE MURET, *Tractatus aureus de iurisdictione et imperio*, Frankfurt a.M. 1603, 309 S.; TOBIAS PAURMEISTER, *De iurisdictione Imperii Romani*, Hanau 1608, Frankfurt a.M. 1617², 363 S.; Simon SCHARDIUS, *Syntagma tractatuum de imperiali iurisdictione, authoritate et praeeminentia*, Straßburg 1609, 458 S.; CHRISTOPH BESOLD, *De iurisdictione imperii Romani discursus*, Frankfurt a.M. 1616, 106 S.; GEORG OBRECHT, *Tractatus de iurisdictione, imperio et foro competente*, Straßburg 1617, 484 S.; BALTHASAR CONRAD ZAHN, *Ichnographia municipalis sive de iure et iurisdictione municipiorum*

Text des Franzosen Longueval, der zweimal in Ingolstadt aufgelegt wurde, ebenso wie zwei Dissertationen monographischen Charakters aus Ingolstadt[24], sowie eine aus der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts stammende Abhandlung von von Weygel aus Freiburg im Breisgau[25]. Nicht recht ins Bild konfessioneller Unterschiede passt, dass eine große Ausgabe von thematisch einschlägigen Abhandlungen «katholischer Autoren» durch den Schweizer Reformierten Melchior Goldast von Haiminsfeld herausgebracht wurde[26]. Schließlich stammt die dreibändige Ausgabe von Untersuchungen zur *iurisdictio* von Matthias Stephani[27] aus der Feder eines – nach der Widmung zu schließendem – entschiedenen Anhängers von Kaiser Karl V. Schließlich konnte wohl nur von einem katholischen Autoren noch in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts die Rechtsprechungskompetenz in das Bündel päpstlicher Prärogativen hineingenommen und somit als zentraler Teil seines kompetentiellen wie zeremonieller Vorranganspruch formuliert werden[28]. Die weit überwiegende Zahl von

*ac superiorem recognoscentium (dissertatio politico-iuridica)*, Frankfurt a.M. 1650 (in der ersten Auflage noch 232 S., in der zweiten von 1713 dann auf 1468 S. angewachsen!); JOANNES VERSTEEGHEN, *Dissertationes de iurisdictione, mixto et mero imperio et servitutibus realibus*, Nijmwegen 1665, 405 S.; ERNST GOCKEL, *De iurisdictione suprema, inprimis ad stylum et praxin caesareo-imperialis iudicii aulici methodica tractatio*, Ulm 1682, 166 S.; CHRISTIAN LEONHARD LEUCHT, *Tractatus academici de iurisdictione selecti*, Nürnberg 1700, 636 S.; FRANCISCUS VAN DER ZYPE, *De iurisdictione ecclesiastica e civili*, Lüttich 1649, 290 S.; TOBIAS FRIEDRICH ESAIAS VON PUFENDORF, *De iurisdictione Germanica liber*, Lemgo 1740, 796 S.; GEORG ADAM WILL, *De iurisdictione communi, vulgo Der Gemein Herrschafft*, Gießen 1701 (diss. mit 136 S.).

[24] MATTHIAS KAUTT, *Disputatio juridica de jurisdictione in genere et de ecclesiastica et seculari S.R.I. Principum-Episcoporum in specie*, Ingolstadt 1661, 198 S.; CHRISTOPHER DE CHLINGENSBERG [praes.] / JOHANNES JOSEPHUS DE BASSIS [resp.], *De iurisdictione*, Ingolstadt 1706, 141 S.

[25] JEAN LONGUEVAL, *De iurisdictione tractatus*, Ingolstadt 1586, 1596, zuvor Paris 1528 und 1539 (vgl. zu diesem Text C. STROHM, *Calvinismus und Recht*, S. 345 Anm. 84 aE); JOSEPH ANTON VON WEYGEL, *De augusta regalium, ac iurisdictionis cum superioritate territoriali cohaerente Materia*, Freiburg i.Br. 1736.

[26] Zu Melchior Goldast von Haiminsfeld (1578-1635) vgl. M. STOLLEIS, *Reichspublizistik und Policeywissenschaft*, S. 132 f. Der Titel lautet: *Monarchia S. Romani Imperii, sive Tractatus De Iurisdictione Imperiali Seu Regia, & Pontificia seu Sacerdotali; deque potestate Imperatoris ac Papae, cum distinctione utriusque Regiminis, Politici & Ecclesiastici … a catholicis doctoribus conscripti*, Hanau 1611-1614.

[27] MATTHIAS STEPHANI, *Tractatus de iurisdictione*, 3 Bde., Frankfurt a.M. 1611. Zu ihm M. STOLLEIS, *Reichspublizistik und Policeywissenschaft*, S. 161.

[28] HERMANN WESSELING, *Tractatus juridico-politicus de maioritate et obedientia Romano pontifici praestanda deque eiusdem suae sanctitatis osculo pedis, praerogativa ac iurisdictione in spiritualibus et temporalibus*, Wien, 1664², 487 S. Hermann Wesseling (fl. 1645-1663)

Schriften ist jedoch deutlich kürzer und liegt lediglich in dem üblichen Dissertationsumfang von 6-50 Seiten vor. Zum überwiegenden Teil sind diese Texte gerade auch an protestantischen Universitäten und noch bis weit ins 18. Jahrhundert hinein entstanden. Es handelt sich damit um eine nicht zu vernachlässigende Schicht juristischer Gelegenheitsschriften, die geeignet ist, über die Breitenwirksamkeit römisch-, gemeinrechtlicher Topoi auch noch in der Frühen Neuzeit Aussagen zu treffen. An der Spitze aller Universitäten, an denen Texte zu Fragen von *iurisdictio* und *imperium* erörtert wurden, liegt Jena mit 17 Dissertationen[29], gefolgt von Basel mit 14[30] und Straßburg mit zehn Dissertationen[31]. Es folgen mit jeweils neun

lehrte als Professor an der Universität Köln, vgl. CHRISTIAN GOTTLIEB JÖCHER, *Allgemeines Gelehrten-Lexikon*, Leipzig 1751, Bd. 4 s.v.

[29] LEOPOLD HACKELMANN [praes.] / JOACHIM HERMANN [resp.], *De iurisdictione et imperio*, Jena 1594; JOHANN SUEVUS [praes.] / CHRISTOPH CARL VON BRANDENSTEIN [resp.], *De iurisdictione*, Jena 1607; ERASMUS UNGEPAUR [praes.] / QUIRINUS KUBACH, *De iurisdictione*, Jena 1612; DOMINICUS ARUMAEUS [praes.] / ANDREAS BALCK, *De iurisdictione*, Jena 1617; DOMINICUS ARUMAEUS [praes.] / EBERHARD VON RHEDEN, *De iurisdictione*, Jena 1622; VALENTIN RIEMER [praes.] / ALBERT WALTHER [resp.], *De iurisdictione*, Jena 1629; PETER GAVEL [praes.] / LORENZ DUVE [resp.], *De iurisdictione*, Jena 1631; ERASMUS UNGEPAUR [praes.] / JOHANN CHRISTOPH VON ERFFA, *De iurisdictione*, Jena 1651; ERASMUS UNGEPAUR [praes.] / ADAM SAMUEL [resp.], *De iurisdictione ecclesiastica*, Jena 1657; JOHANN STRAUCH, *De iurisdictione et magistratibus*, Jena 1659; GEORG ADAM STRUVE [praes.] / JOHANN HEINRICH TIMÄUS, *Exegesis legis X. P. de iurisdictione*, Jena 1665; ERNST FRIEDRICH SCHRÖTER [praes.] / JOHANN FRANZ BECKE [resp.], *De iurisdictione*, Jena 1668; JOHANN GEORG SIMON [praes.] / JOHANN HEINRICH DOHAUSSEN, *De iurisdictione territoriali statuum Imperii sublimi*, Jena 1672 (gedr.: Frankfurt a.M. 1686); LÜDER MENCKE, *De iurisdictione*, Jena 1678; NICOLAUS CHRISTOPH VON LYNCKER [praes.] / JOHANN WILHELM ITTER [resp.], *De iurisdictione*, Jena [1679]; NICOLAUS CHRISTOPH VON LYNCKER, *Analysis legis III. FF. de iurisdictione, de officio quaestoris. Tractatus de barattaria*, Jena 1684; WILHELM HIERONYMUS BRÜCKNER [praes.] / JOHANN CHRISTOPH BÖTTIGER [resp.], *De iurisdictione communi*, Jena 1697.

[30] JOACHIM KEMNITIUS, *Theses de iurisdictione*, Basel 1589; EBERHARD GERLACH [resp.], *Theses desumptae ex l. Imperium. 3. ff. de iurisd. omnium iudicium*, Basel 1590; MATHIAS BILIZER, *De iurisdictione*, Basel 1606; GEORG MEYFISCH VON KRANCHSBURG, *De potestate et iurisdictione imperatoria*, Basel 1609; JACOB FABER [praes.] / MATHAEUS VOM SAHER, *Conclusiones de iurisdictione controversae*, Basel 1612; THOMAS MICHAELIS, *Conclusiones iuridicae de SS. Caesareae Majestatis, Camerae, Statuum Imperij, & aliorum magistratuum ivrisdictione*, Basel 1614; MATTHÄUS BRAUNSCHWEIG, *De reservata imperatorum Romanorum iurisdictione*, Basel 1619; JOHANN FRIEDRICH JÄGER, *De iurisdictione*, Basel 1620; PETER NICOLAUS LASSON, *De iurisdictione et imperio*, Basel 1636; JACOB BRANDMÜLLER [praes.] / MATHIAS VON RODENBERG [resp.], *De iurisdictione*, Basel 1667; JOHANN ADOLPH WEBER, *De iurisdictione*, Basel 1668; HEINRICH FRIEDRICH MOGG, *De iurisdictione*, Basel 1678; JOHANN GEORG FÜRDERER, *De principum ac statuum Imp. Rom. Germ. iurisdictione territoriali*, Basel 1702; EMANUEL FAESCH, *De iurisdictione et imperio*, Basel 1746.

[31] GEORG OBRECHT [praes.] / JOHANN REMBOLD FUNCK, *Tractatus de iurisdictione et imperio*, Straßburg 1585 (gedr. 1602 und 1603 unter dem gleichen Titel zu einem erheblich längeren

Dissertationen die protestantische Universität Wittenberg[32] und gleichauf die katholische Universität Ingolstadt[33]. Mit je acht Dissertationen folgen in geringem Abstand die protestantischen Universitäten Altdorf[34],

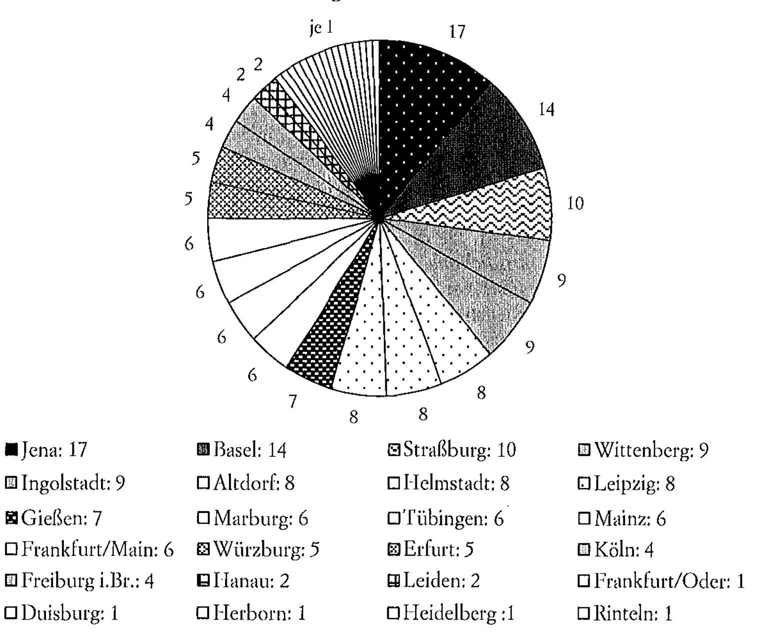
Traktat ausgeweitet); SIMON SCHARDIUS, *Syntagma tractatuum de imperiali iurisdictione, authoritate et praeeminentia, ac potestate ecclesiastica: deque iuribus Regni et Imperii*, Straßburg 1609, 458 S.; GEORG OBRECHT, *Tractatus de iurisdictione, imperio, et foro competente*, hrsg. VON JOHANN THOMAS OBRECHT, Straßburg 1617, 484 S.; PAUL GRASECK [praes.] / PHILLIP REINHART, *Theses de iurisdictione et imperii principiis*, Straßburg 1594; JOACHIM CLUTEN [praes.] / CONRAD HANNE [resp.], *De iurisdictione*, Straßburg 1620; EMANUEL PUTSCHIUS, *Controversiae illustriores de iurisdictione*, Straßburg 1624; GEORG DAVID LOCAMER [praes.] / GABRIEL ÖLHAFEN, *De iurisdictione*, Straßburg 1627; EDO HANNEKEN [resp.], *De iurisdictione*, Straßburg 1654; GEORG VON STOEKKEN [praes.] / FRIEDRICH ANTON VON DALBERG, *De iurisdictione*, Straßburg 1671; JOHANN ANTON SCHLICHTING, *De iurisdictione*, Straßburg 1725.

[32] FRIEDRICH TILEMANN [praes.] / LEONHARD METZNER [resp.], *De imperio et iurisdictione*, Wittenberg 1596; ERASMUS UNRUH [praes.] / CHRISTOPH WEGENER, *De iurisdictione et imperio*, Wittenberg 1608; VALENTIN FORSTER [praes.] / THOMAS VON KNESEBECK, *De iurisdictione*, Wittenberg 1612; JEREMIAS REUSNER [praes.] / MARTIN HEERFORT [resp.], *De iurisdictione, imperio, et foro competente*, Wittenberg 1619; HENNING GROSSE [praes.] / JOACHIM LUSSOW [resp.], *De iurisdictione*, Wittenberg 1631; HENNING GROSSE [praes.] / CHRISTOPH JOACHIM BUCHOLTZ, *De iurisdictione*, Wittenberg 1631; KASPAR ZIEGLER [praes.] / GEORG ALAND, *De imperio mero, mixto et iurisdictione*, Wittenberg 1658; JOHANN BALTHASAR VON WERNHER [praes.] / JOHANN CHRISTIAN LUDERT [resp.], *De iurisdictione*, Wittenberg 1712; GEORG FRIEDRICH KRAUS [praes.] / KARL FRIEDRICH KRETSCHMANN [resp.], *De eo quod extremum est in iurisdictione criminali respectu condemnati ad mortem*, Wittenberg 1762.

[33] FRANCESCO ZOANETTI [GIOVANETTI], *De Romano Imperio ac eius iurisdictione*, Ingolstadt 1563; FRIEDRICH MARTINI [praes.] / HEINRICH ABRAHAM VON EINSIDEL [resp. ], *Istas theses de iurisdictione secularium iudicum*, Ingolstadt 1584; FRIEDRICH MARTINI [praes.] / LEONHARD ZINDECKER, *Has de iurisdictione civili conclusiones*, Ingolstadt 1586; JEAN LONGUEVAL, *De iurisdictione tractatus*, Ingolstadt 1586, 328 S., zuerst gedr. Paris 1528]; Hieronymus ARNOLD RATH [praes.] JOHANN KITZMÄGL [resp.], *De iurisdictione*, Ingolstadt 1597; HEINRICH CANISIUS [praes.] / JOHANN GEORG BRUGGLACHER [resp.], *Assertiones de iurisdictione et foro competenti*, Ingolstadt 1605; JOHANNES STUBER [praes.] / JOACHIM RENNER [resp.], *Assertiones juridicae de iurisdictione*, Ingolstadt 1615; MATTHIAS KAUTT, *Disputatio juridica de jurisdictione in genere et de ecclesiastica et seculari S.R.I. Principum-Episcoporum in specie*, Ingolstadt 1661 [198 S.]; CHRISTOPHER DE CHLINGENSBERG [praes.] / JOHANNES JOSEPHUS DE BASSIS, *De iurisdictione*, Ingolstadt 1706, 141 S. Zur katholischen Prägung durch den Jesuitenorden vgl. etwa M. STOLLEIS, *Reichspublizistik und Policeywissenschaft*, S. 248 f.

[34] HUBERT VAN GIFFEN [praes.] / HERMANN GUILHELMUS [resp.], *Theses de iurisdictione et imperio*, Altdorf 1589; ERASMUS UNGEPAUR [praes.] / CHRISTOPH ABRAHAM VON STAMPACH [resp.], *De iurisdictione et Imperio, materia re & fama difficili*, Altdorf 1617; ERASMUS UNGEPAUR [praes.] / JACOB WILDVOGEL [resp.], *De iurisdictione*, Altdorf 1622; JOHANN FRITZSCH, *De iurisdictione*, Altdorf 1627; GUILLELMUS LUDWELL [praes.] / JUSTUS HIERONYMUS KAESTELLIUS [resp.], *De iurisdictione et imperio*, Altdorf 1641; JACOB HEINRICH HEIDENREICH, *De iurisdictione mixto et mero imperio*, Altdorf 1656; JOHANN WOLFGANG TEXTOR [praes.] / JOHANN GEORG FUCHS [resp.], *De iurisdictione territoriali*, Altdorf 1669; CHRISTOPH WILHELM TEUFFEL [resp.], *De iurisdictione communitatis sive in res universitatis*, Altdorf 1719.

Abb. 1. «*De iurisdictione*» – insgesamt 153




Helmstedt[35] und Leipzig[36]. An allen diesen acht Universitäten wurde über *iurisdictio* als Kernbereich souveräner Kompetenztitel disputiert.

[35] ARNOLD ENGELBRECHT [praes.] / ANDREAS CLUDIUS [resp.], *De iurisdictione veteris reipub. Romanae, tum, translato ad Germanos Imperio, Imperatoris, ordinis ecclesiastici, Camerae Imperialis, statuum Imperii, civitatum inferiorum disquisitio iuridica*, Helmstedt 1613 [gedr. 1658]; EBERHARD SPECKHAN [praes.] / JOHANN MARTINI [resp.], *De iurisdictione*, Helmstedt 1619; JOHANN STUCKE [praes.] / LAMBERT CAMMANN [resp.], *De fundanda iurisdictione Camerae Imperialis*, Helmstedt 1621; JOHANN LOTICHIUS [praes.] / CHRISTOPH JANI [resp.], *De iurisdictione*, Helmstedt 1640; HEINRICH BINN [praes.] / GOTTFRIED FURMANN [resp.], *De iurisdictione*, Helmstedt 1661; GEORG ENGELBRECHT [praes.] / HEINRICH CARL LAUTITZ [resp.], *De iurisdictione*, Helmstedt 1677; GEORG ENGELBRECHT [praes.] / JOHANN JOACHIM BODEN [resp.], *De iurisdictione superiori sive alta et inferiori sive bassa, secundum mores Germanorum*, Helmstedt 1709; GOTTFRIED LUDWIG MENCKE, *Merum imperium iurisdictionem criminalem non esse*, Helmstedt 1749.

[36] JOHANNES MONACHUS [praes.] / CHRISTIAN STEINACKER [resp.], *De iurisdictione methodicus tractatus*, Leipzig (gedr. Mageburg) 1607; JACOB BLÜMEL [praes.] / SIGISMUND VON

Es folgt Gießen mit sieben Dissertationen[37]. Je sechs Dissertationen aus dem gesamten Untersuchungszeitraum lassen sich in Marburg[38] und in Tübingen[39] als protestantischen Universitäten ebenso wie an der katholi-

NIEBELSCHUTZ [resp.], *De iurisdictione*, Leipzig 1618; QUIRINUS SCHACHER [praes.] / JOHANN BEIER [resp.], *Exercitium legale de iurisdictione*, Leipzig 1626; PAULUS FRANCISCUS ROMANUS [praes.] / BERNHARD BERGNER [resp.], *De iurisdictione*, Leipzig 1667; GOTTFRIED BARTH [praes.] / CASPAR VON SCHÖNBERG [resp.], *De iurisdictione*, Leipzig 1698 (gedr. Leipzig 1708 und 1747); BALTHASAR CONRAD ZAHN, *Tractatus politico-iuridica, Politia municipalis sive de iure & iurisdictione civitatum municipalium ac superiorem recognoscentium earumdemque*, hrsg. von THEODOR ERNST ZAHN, Leipzig 1713; GEORG GEBAUER [praes.] / CHRISTIAN GOTTFRIED LANG [resp.], *De iurisdictione*, Leipzig 1729; GEORG CHRISTIAN GEBAUER, *Commentatio academica de iurisdictione secundum doctrinam Romanorum eiusdemque doctrinae in Germania usu*, Leipzig, 1733².

37 GOTTFRIED ANTON [praes.] / CHRISTOPH KALT [resp.], *De augustissimae, sacratissimaeque camerae imperialis iurisdictione*, Gießen 1607; THEODOR VON REINKINGK [praes.] / JOHANNES WÖSTHOFF [resp.], *De iurisdictione*, Gießen 1617; HELFRICH ULRICH HUNNIUS [praes.] ALBERT VON KREYTZEN [resp.], *De iurisdictione*, Gießen 1618; HELFRICH ULRICH HUNNIUS [praes.] / JOHANN PHILIPP WEYLANDT [resp.], *De iurisdictione*, Gießen 1618; GEORG ADAM WILL, *De iurisdictione communi, vulgo Der Gemein Herrschafft*, Gießen 1701 (diss. von 136 S.); JOHANN FERDINAND NAGEL, *De maiestate et iurisdictione imperatoris*, Gießen 1711; HELWIG BERNHARD JAUP, *Principium de iurisdictione supremorum imperii tribunalium in caussis ecclesiasticis Evangelicorum non magis, quam Catholicorum, fundata.Recitationes semestri aestivi*, Gießen 1772. Nicht im engeren Sinne zu unserem Thema gehört dagegen die gleichfalls ind Gießen entstandene Dissertation: HELFRICH ULRICH HUNNIUS [praes.] / JOHANN PHILIPP HORNMOLDT [resp.], *De iudicibus austregarum, sive privilegiatarum statuum Sacri Romani Imperii instantiarum eorundemque iurisdictione*, Gießen 1692. Die Schriften aus dem Anfang des 17. Jahhunderts können einen weiteren Einblick in den sogenannten «Gießen-Marburger Streit» um die *iurisdictio* bieten. Zu diesem mit der Nennung einiger Texte schon M. STOLLEIS, *Reichspublizistik und Policeywissenschaft 1600-1800*, S. 150 f.

38 JOHANNES GOEDDAEUS [praes.] / HEINRICH MEIER [resp.], *De iurisdictione*, Marburg 1613; JOHANN CASPAR OPPERMANN [resp.], *Dissertatio methodica De iurisdictione Imperii Romano-Germanici politica*, Marburg 1627, 122 S.; BERNHARD SUTHOLT, *De iurisdictione*, Marburg 1644; CHRISTIAN ERNST PFAU, *Dig. de officio eius cui mandata est iurisdictio et tit. de iurisdictione*, Marburg 1659; JOHANN GEORG KREUSSLER, *De iurisdictione in genere et in specie*, Marburg 1693; JOHANN GEORG FLENDER, *De iurisdictione Imperatoris Romano-Germanici et supremorum Imperii tribunalium*, Marburg 1726.

39 JOHANN GEORG BESOLD [praes.] / DANIEL MITHOFF [resp.], *De Romani imperatoris S.S. maiestatis, camerae et statuum, & c. imperio atque iurisdictione*, Tübingen 1618; JOHANN HARPPRECHT [praes.] / MARTIN CHEMNITIUS [resp.], *Theses de iurisdictione*, Tübingen 1619; JOHANN GEORG BESOLD [praes.] / JOHANN CHRISTOPH GREMP VON FREUDENSTEIN [resp.], *De iurisdictione imperatoris Romani et eius inprimis constitutione*, Tübingen 1622; CHRISTOPH BESOLD [praes.] / JOHANN WURMSER [resp.], *Disputationis iuridico-politicae de iurisdictione*, Tübingen 1625; WOLFGANG LAUTERBACH [praes.] / Heinrich BACKMEISTER [resp.], *Ad lib. II. Digest. tit. I., II., III. & IV*, Tübingen 1663 (nur z.T. auf unsere Fragestellung eingehend); DAVID SCHEINEMANN [praes.] / JOACHIM RICKWANN [resp.], *De iurisdictione*, Tübingen 1674.

schen Universität Mainz[40] nachweisen. Immerhin je noch fünfmal wurde an den katholischen Universitäten Würzburg[41] und Erfurt[42] über das Thema Rechtsprechungsgewalt und -zuständigkeit disputiert, während an den ebenfalls katholischen Universitäten Freiburg[43] und Köln[44] wenigstens noch jeweils viermal die *iurisdictio* als Thema einer Dissertation gestellt wurde. Keinen besonderen Schwerpunkt schien dieser klassische Begriff herrscherlicher Souveränitätsansprüche dagegen an den Universitäten Frankfurt/Oder, Duisburg, Herborn, Heidelberg, Rinteln oder Salzburg

[40] ADAM FREISPACH [praes.] / ETHERIUS MOHR [resp.], *De iurisdictione*, Mainz 1613; GEORG HONCAMP [praes.] / GOTTFRIED CHRISTIAN FRANZ LIEB [resp.], *De iurisdictione in genere et eius speciebus*, Mainz 1705; GEORG JOSEPH WAGNER [praes.] / FRIEDRICH RUPRECHT [resp.], *De iurisdictione*, Mainz 1723; JOHANNES GOTTFRIED SCHWEICKHARDT [praes.] / CASPAR WILHELM JOSEPH GÖDDEN [resp.], *De iurisdictione, foro competenti, iudiciis et officio iudicis*, Mainz 1727; GOTTLIEB UNGLEICH, *De iurisdictione supremorum Imperii tribunalium*, Mainz 1769.

[41] PETER GILKEN [praes.] / WILHELM GRAS [resp.], *Theses iuridicae de iurisdictione omnium iudicum*, Würzburg 1603; PETER EULOGIUS VON DEMERADT [praes.] / MAURITIUS CANNELIUS [resp.], *De iurisdictione*, Würzburg 1607; JOHANN SALENTIN FOELEN [praes.] / JOHANN BALTHASAR WÄPENER, *De iurisdictione*, Würzburg 1672; JOHANN MAYER [praes.] / JOHANN JOSEPH ADAM SCHÄFFNER [resp.], *De iurisdictione*, Würzburg 1704; JOHANN JAKOB JOSEPH SÜNDERMAHLER [praes.] / CARL JOSEPH KLEINSCHROD [resp.], *De suspensa iurisdictione ecclesiastica [Titelzusatz]: ad illustrandos § VII pac. relig. et § XVI 48 49 art. V pac. Osnabrug.*, Würzburg 1753.

[42] HENNING RENNEMANN [praes.] / THEODOR BUSSE [resp.], *De potestate publica, tam ecclesiastica quam politica, ubi de regalibus, Imperio, iurisdictione, & magistratuum diversis speciebus*, Erfurt 1602 [ersch. 1604]; CONRAD WILHELM STRECKER, *De utraque iurisdictione suprema ecclesiastica et saeculari*, Erfurt 1717; JOHANN JOACHIM HAHN [praes.] / FRIEDRICH WILHELM VOLLRATH [resp.], *De iurisdictione alta et bassa*, Erfurt 1722; JOHANN ANTON KÜHN, *De iurisdictione mareschallorum in Sacro Romano Imperio*, Erfurt 1738.

[43] THOMAS METZGER, *De iurisdictione assertionum iuridicarum centuria*, Freiburg i.Br. 1608; THOMAS METZGER [praes.] / FRANCISCUS MEINDERS [resp.], *De iurisdictione, Theses theoretico practicae*, Freiburg i.Br. 1613; CLEMENS CLASSMANN [praes.] / JOHANNES BREG [resp.], *Disputatio iuridica theorico-practica de iurisdictione et foro competenti ad praesentem Germanorum reipublicae statum, formam et usum accomadata*, Freiburg i.Br. 1619 (alle drei Titel von C. STROHM, *Calvinismus und Recht*, S. 344 Fn. 84 gelistet); JOSEPH ANTON VON WEYGEL, *De Augusta Regalium, Ac Iurisdictionis Cum Superioritate Territoriali Cohaerente Materia*, Freiburg i.Br. 1736, 299 S.

[44] HIERONYMUS MUSCORNUS, *De iurisdictione et imperio*, Köln, Venedig, 1581 (auch gedr. 1584); MARSILIUS KOCH [praes.] / BERNHARD PÜTZ [praes.] / EBERHARD KLEINSORG [resp.], *Theses de iurisdictione omnium iudicum*, Köln [1589]; JOHANN MICHAEL CRONENBURGER [praes.] / ENGELBERT GRUITER [resp.], *Theses de iurisdictione*, Köln 1590; JOHANN MICHAEL CRONENBURGER [praes.] / JOHANN HOLLANDT [praes.] / LAMBERTUS LITHOCOMUS [resp.], *Theses de iurisdictione*, Köln [1596].

gespielt zu haben[45], für die ebenso wie aus den Universitäten in den Randlagen des Reichs, aus denen generell nur wenige Schriften im Max-Planck-Institut vorhanden sind, wie z.B. aus Lüttich, Leiden, Nijmwegen, Den Haag und Prag[46], jeweils nur eine bzw. zwei Veröffentlichungen unter diesem charakteristischen Titel nachweisbar sind. Immerhin belegen die vorhandenen Dissertationen, dass bis ins 18. Jahrhundert hinein ein Doktorand damit rechnen musste, in grundsätzlicher Art über die Rechtsprechungsgewalt und damit über ein öffentlich-rechtliches Thema disputieren zu müssen.

Betrachtet man diese zum Leitthema *iurisdictio* als Souveränitätstitel entstandenen Schriften nach ihrer Entstehungszeit lässt sich kein kontinuierliches Abnehmen der Veröffentlichungszahlen zu diesem klassischen Topos des gelehrten öffentlich-rechtlichen Diskurses feststellen. Bis 1580 konnte zunächst lediglich eine Schrift aus diesem Themenbereich identifiziert werden. Aus dem Zeitraum bis 1610 sind im Max-Planck-Institut 31 Schriften vorhanden, die *iurisdictio* schon im Titel führen, hinzu kommen noch 4 weitere an katholischen Universitäten entstandene Schriften, die Strohm dem katholischen Universitätsmilieu zuordnen konnte.

Von diesen 35 Schriften datieren lediglich sieben vor 1590, stammen also noch vor dem Beginn der deutschsprachigen Bodin-Lektüre. Man wird daher nicht davon ausgehen können, die um den von Bodin geprägten *maiestas*-Begriff entstehende publizistische Debatte habe hinfort öffentlich-rechtliche Probleme ausschließlich in Abgrenzung oder Unterstützung des neuen Bodin'schen Souveränitätsbegriffs wahrgenommen und erörtert. Es finden sich gerade auch Titel, die die *maiestas* des römischen Kaisers im

[45] Cyriacus Herdesianus [praes.] / Joachim Beck [resp.], *Disputatio de iurisdictione*, Frankfurt a.d.O. 1619; Caspar Theodor Summermann [praes.] / Johann Heinrich Biegeleben [resp.], *De officio magistratuum et illorum quibus mandatur iurisdictio*, Duisburg 1712; Philipp Hoenonius [praes.] / Johann Heinrich von Blomenthal [resp.], *De iurisdictione, mixto et mero imperio*, Herborn 1608; Franz Christian Hennemann [praes.] / Peter Friedrich Burg [resp.], *De summa iurisdicendi auctoritate*, Heidelberg 1740; Christoph Joachim Bucholtz [praes.] / Johann von Felden [resp.], *De iurisdictione*, Rinteln 1650; Johann Balthasar Braun [praes.] / Georg Christoph Strygkh [resp.], *Imperium merum ac mixtum*, Salzburg 1685.

[46] Franciscus van de Zype, *De iurisdictione ecclesiastica et civili*, Lüttich 1649; Cornelis van Swanenburg [praes.] / Joachim Andreae [resp.], *De iurisdictione et imperio*, Leiden 1609; Cornelius Franz van Bye, *De iurisdictione et imperio*, Leiden 1702; Johannes Matthaeus Magnus [resp.], *Ad sex priores leges tituli D. de iurisdictione, praelectiones*, in William Barclay (Hrsg.), *Novus thesaurus iuris canonici et civilis*, Den Haag 1753; Johann Christoph Schambogen [praes.] / Franz Carl Prokesch [resp.], *De iurisdictione, iudiciis, et appellationibus*, Prag 1686.

unmittelbaren Zusammenhang und Konstrast zur *iurisdictio* nennen[47]. Bis 1640 nahmen die Veröffentlichungszahlen zur *iurisdictio* sogar noch einmal zu, nämlich auf 44 im Max-Planck-Institut vorhandene Dissertationen plus 3 weitere an katholischen Universitäten, die Strohm nachweist. Sogar noch in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts und bis in die Mitte des 18. Jahrhunderts hinein blieb der Begriff der *iurisdictio* ein zentraler Begriff des öffentlich-rechtlichen Diskurses, wie Veröffentlichungszahlen von 22 Titeln bis 1670, 17 Dissertationen bis 1700, sogar bis 1730 noch einmal auf 19 Titel ansteigend, belegen. Erst in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts scheint das Interesse zurückgegangen zu sein. Denn bis 1760 sind nur noch 9 Dissertationen, bis 1790 dann nur noch drei Veröffentlichungen nachweisbar, die sich zunehmend Spezialfragen des Prozessrechts und der gerichtlichen Zuständigkeit, gerade auch in Religionsfragen widmen[48], also *iurisdictio* augenscheinlich nicht mehr als umfassenden Begriff der herrschaftlichen Kompetenzen erfassen.

In deutlich geringerer Zahl entstanden dagegen zu den anderen drei Topoi des gelehrten Rechts frühneuzeitliche Dissertationen.

[47] Beide Begriffe zugleich führen schon im Titel: JOHANN FERDINAND NAGEL, *De maiestate et iurisdictione imperatoris*, Gießen 1711; THOMAS MICHAELIS, *Conclusiones iuridicae de SS. Caesareae Maiestatis, Camerae, Statuum Imperii, & aliorum magistratuum iurisdictione*, Basel 1701. Siehe für weitere Titel auch unten Anm. 66.

[48] 1730-1760: GEORG CHRISTIAN GEBAUER, *Commentatio academica de iurisdictione secundum doctrinam Romanorum eiusdemque doctrinae in Germania usu*, Leipzig 1733[2]; JOHANN ANTON KÜHN, *De iurisdictione mareschallorum in Sacro Romano Imperio*, Erfurt 1738; FRANCZ CHRISTIAN HENNEMANN [praes.] / PETER FRIEDRICH BURG [resp.], *De summa iurisdicendi auctoritate*, Heidelberg 1740; EMANUEL FAESCH [resp.], *De iurisdictione et imperio*, Basel 1746; JOHANN GOTTFRIED BAUER [praes.] / ABRAHAM GOTTLOB WINCKLER, *De iurisdictione ducum comitumque Germaniae*, Leipzig 1747; GOTTFRIED LUDWIG MENCKE, *Merum imperium iurisdictionem criminalem non esse*, Helmstedt 1749; JOHANN JAKOB JOSEPH SÜNDERMAHLER [praes.] / CARL JOSEPH KLEINSCHROD [resp.], *De suspensa iurisdictione ecclesiastica – ad illustrandos § VII pac. relig. et § XVI 48 49 art. V pac. Osnabrug.* Würzburg 1753; WILLIAM BARCLAY, *Ad legem Imperium D. de iurisdictione commentarius*, Den Haag 1753; JOHANNES MATTHÄUS MAGNUS, *Ad sex priores leges tituli D. De iurisdiction, praelectiones*, gedruckt in *Novus thesaurus iuris canonici et civilis*, hrsg. von W. BARCLAY, Den Haag 1753, daneben die schon zitierte monographische Untersuchung von JOSEPH ANTON VON WEYGEL, *De augusta regalium ac iurisdictionis cum superioritate territoriali cohaerente materiam.* Im Zeitraum 1760-1790: GEORG FRIEDRICH KRAUS [praes.] / KARL FRIEDRICH KRETSCHMANN [resp.], *De eo quod extremum est in iurisdictione criminali respectu condemnati ad mortem*, Wittenberg 1762; GOTTLIEB UNGLEICH [resp.], *De iurisdictione supremorum Imperii tribunalium*, Mainz 1769; HELWIG BERNHARD JAUP, *Principium de iurisdictione supremorum imperii tribunalium in caussis ecclesiasticis Evangelicorum non magis, quam Catholicorum, fundata*, Gießen 1772.

2) Über die *lex* «quod principi placuit, legis habet vigorem» (*Dig.* 1.4.1), also die sogenannte *lex Regia,* sind im Frankfurter Max-Planck-Institut 21 Dissertationen vorhanden. Einen gewissen Bearbeitungsschwerpunkt mit jeweils zwei Dissertationen bilden die beiden protestantischen Universitäten Wittenberg[49] und Leipzig[50]. Neben der Dissertation wurde in Leipzig in zweiter Auflage auch die große monographische Untersuchung von Benedict Carpzov *Commentarius In Legem Regiam Germanorum, Sive Capitulationem Imperatoriam Iuridico-Historico-Politicus*[51] gedruckt. Auch in Marburg[52] und Altdorf[53] wurde jeweils zweimal über das Thema disputiert. Doch auch an zahlreichen anderen Universitäten fand das Thema bis weit ins 18. Jahrhundert seine Bearbeiter, wenngleich sich nur noch jeweils ein Text nachweisen lässt, nämlich in Straßburg, Gießen, Tübingen, Jena, Kiel, Basel, Frankfurt/Oder[54], sowie außerhalb des Reichs in Groningen, Leiden, Saragossa und Utrecht[55].

[49] JOHANN STRAUCH [praes.] / JOHANNES FINDEKELLER [resp.], *De lege regia*, Wittenberg 1621; CHRISTIAN KLENGEL [praes.] / JOHANN FRIEDRICH SCULTETUS [resp.], *Lex regia*, Wittenberg 1662.

[50] GEORG WILHELM KÜHLEWEIN [praes.] / JOHANN GEORG BRUST [resp.], *Legem regiam*, Leipzig 1665.

[51] Ursprünglich gedruckt als BENEDIKT CARPZOV, *De capitulatione Caesarea sive de lege regia Germanorum tractatus*, Sigurgicorum metropolis, 1622, dann unter dem oben genannten Titel in zwei Bänden, Leipzig 1651.

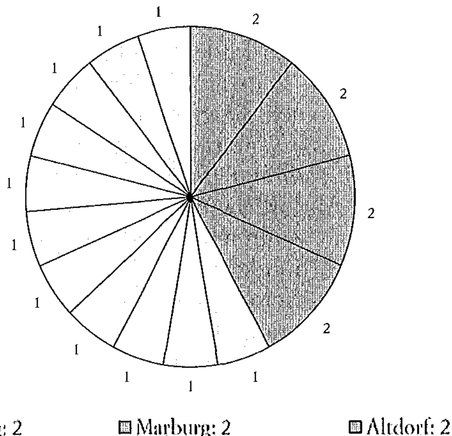
[52] JUSTUS ECCARDUS [praes.] / JOHANN RIEDESEL VON EISENBACH [resp.], *Nova et vera explicatio quaestionis de lege regia*, Marburg 1599; HEINRICH BERENHARDT [resp.], *Romanus princeps ex lege Regia informatus*, Marburg 1600, 114 S.

[53] JOHANNES LIMNÄUS [praes.] / JOHANN SPILLER VON MITTERBERG [resp.], *Dissertatio nomico-politica de lege regia*, Altdorf 1617; JACOB RICHARD [resp.], *De iure populi circa translationem maiestatis in principem*, Altdorf 1696.

[54] JOHANN WIEGER [praes.] / DAMIAN LOUIS DE JACQUEMIN [resp.], *De lege regia*, Straßburg 1739; FRIEDRICH NITZSCH [praes.] / CHRISTIAN BEYER [resp.], *De capitulatione Caesarea seu lege regia Germanorum*, Gießen 1699; THOMAS LANSIUS [praes.] / DAVID MAGIRUS [resp.], *Discursus insignis de lege regia*, Gießen ca. 1618; ERASMUS UNGEPAUR [praes.] / FRANZ WILCKA VON BODENHAUSEN [resp.], *De lege regia tum Romanorum antiqua, tum Germanorum hodierna*, Jena 1642; ERICH MAURITIUS [praes.] / NICOLAUS PRICK [resp.], *De potestate principis, lege regia, & iurisdictione*, Kiel 1668 (gedr. Straßburg 1724); BERNHARD REINECCIUS, *De lege Germanorum regia, seu capitulatione imperatoria*, Basel 1619; JOHANN CHRISTOPH BECKMANN [praes.] / JOHANN GEORG KALNEIN [resp.], *De lege regia*, Frankfurt a.d.O. 1672.

[55] Hier ist durchaus mit weiteren einschlägigen Titeln zu rechnen. Vgl. daher nur exemplarisch: MARTIN SCHOOCK, *De figmento legis regiae epistola*, Groningen 1661; FELIX VAN MAANEN, *De populi Romani ante principum constitutiones potestate et de lege regia*, Leiden 1760; PEDRO CALLISTO RAMIREZ, *Analyticus tractatus de lege regia, qua in principes suprema*

Abb. 2. «*De lege Regia*» – insgesamt 19




3) Nur selten wurde die *lex Rhodia* von Doktoranden an frühneuzeitlichen Universitäten bearbeitet. Insgesamt lassen sich derzeit neun Texte nachweisen. Davon entstanden drei an der Universität Jena[56], zwei in Straßburg[57] und ein Text in Halle – dort aber immerhin als Doktorarbeit des jungen Justus Henning Böhmer unter Samuel Stryk als Doktorvater[58]. Weitere

*& absoluta potestas translata fuit*, Saragossa 1616, 423 S.; ZACHARIAS HUBER, *Dissertatio septima de lege regia*, Utrecht 1740.

[56] LEOPOLD HACKELMANN [praes.] / BALTHASAR KISWETTER [resp.], *De exerc[itoria] A[ctione] a. De leg[e]. Rhodia, de institor[ia]. et trib.*, Jena 1594; ERNST FRIEDRICH SCHRÖTER [praes.] / JOHANN DIEDRICH FABRICIUS [resp.], *Disputatio inauguralis continens explicationem legis Deprecatio. 9. ff. ad l. Rhod. De iactu, ut & reliquarum legum iuris navalis Rhodiorum*, Jena 1660; NICOLAUS CHRISTOPH VON LYNCKER [praes.] / JOHANNES DIETRICH [resp.], *Lex Rhodia de iactu*, Jena 1679.

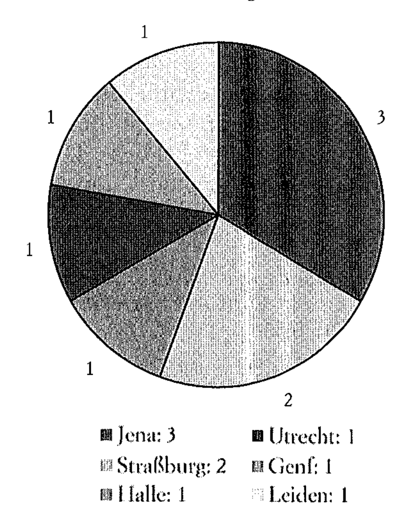
[57] JOHANN HEINRICH FELTZ [praes.] / PIERRE BERTRAND [resp.], *Excerpta controversiarum de lege Rhodia de iactu*, Straßburg 1715; JOHANN GEORG SCHERZ [praes.] / JOHANNES JACOB DE BEYER [resp.], *De lege Rhodia de iactu*, Straßburg 1717.

[58] SAMUEL STRYK [praes.] / JUSTUS HENNING BOEHMER [resp.], *Meditatio de iure epistalmatis … occasione l. Bene a Zenone*, Halle 1713, 90 S., Halle $1735^2$, dann mit Widmung an den englischen König Georg I., 102 S.

Universitätsorte außerhalb des Reichs an denen je eine Dissertation über die *lex Regia* veröffentlicht wurde, waren Genf, Leiden und Utrecht[59].

Insgesamt wurde die *lex Rhodia de iactu* seltener und deutlich später als die sonstigen hier untersuchten Kernstellen des römischen Rechts bearbeitet, nämlich nur einmal bis 1610, keinmal während des Dreißigjährigen Krieges, also bis 1640, dann zweimal bis 1670, dreimal bis 1700, zweimal bis 1730 und noch einmal bis 1760.

Abb. 3. «*Lex Rhodia de iactu*» – insgesamt 9




4) Die Parömie *princeps legibus solutus*, also die Bearbeitung von *Dig.* 1.3.31, ist ausweislich der Frankfurter Bestände insgesamt 15mal zum Hauptgegenstand einer Disputation gemacht worden. An der Spitze der Universitäten liegen dabei Jena mit vier[60] und Altdorf mit drei Schriften[61].

[59] JACQUES GODEFROY, *De imperio maris et de iure naufragii colligendi legeque Rhodia*, Genf 1654, Helmstedt 1732²; JOHANN BOEYE, *De lege Rhodia de iactu*, Leiden 1744; ANTONIUS MATTHAEUS [praes.] / SEVERINUS THEYLS [resp.], *De lege Rhodia*, Utrecht 1660.

[60] DOMINICUS ARUMAEUS [praes.] / MATTHIAS BÖRTIUS [resp.], *Disquisitio de sensu, l. princeps 31. de ll. cum annexis quibusdam iuris positionibus*, Jena 1615; DANIEL ORINGENSIS OTTO [praes.] / JOHANN MARTIN KLEIBER [resp.], *Disputatio iuridico-politica de quaestione illa, An princeps legibus sit solutus?*, Jena 1617; GEORG ADAM STRUVE [praes.] / JOHANN JACOB HERTEL [resp.], *Princeps legibus solutus* ..., Jena 1685.

[61] ANDREAS DINNER [praes.] / JOHANN SCHWENDENDÖRFFER [resp.], *Disputatio ad l. Princeps XXXI. Dig. de LL.*, Altdorf 1620; WILHELM LUDWELL [praes.] / JOHANN GEORG

Daneben wurde auch in Basel, Erfurt, Gießen, Greifswald, Halle, Marburg, Wittenberg und in Den Haag jeweils immerhin eine Dissertation verfasst[62], sowie eine selbständige Monographie in Frankfurt a.M. verlegt[63]. Bemerkenswert ist, dass mit Ausnahme von Erfurt ausschließlich an protestantischen Universitäten eigenständige Abhandlungen zu diesem Thema entstanden sind.

Es lassen sich zwei zeitliche Schwerpunkte der Erörterungen ausmachen: Einerseits fand dieser Topos zwischen 1610 und 1640 und dann noch einmal zwischen 1670 und 1700 mit je fünf Untersuchungen besondere Beachtung.

5) Neben den hier breiter vorgestellten Topoi des gelehrten Rechts blieben aber auch noch weitere mittelalterliche Konzepte bis in die Neuzeit hinein prägend, um die spezielle herrscherlichen Prärogativen und Hoheitsrechte zu erfassen. Diese Untersuchungen kreisten vor allem um die Frage der Regalien[64], um die Frage des *impe-*

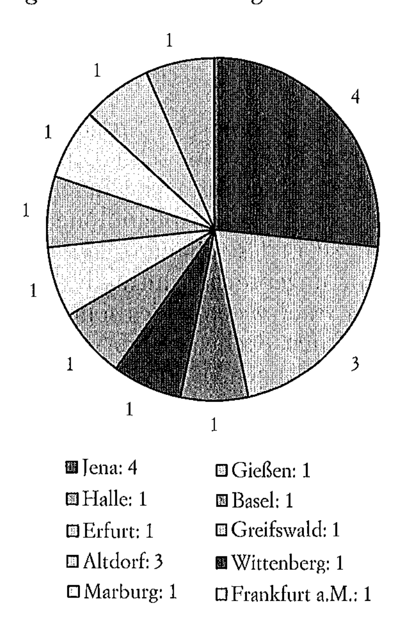
WURMRAUSCHER [resp.], *Disputatio iuridico-politica ad l. Princeps 31. ff. de LL.*, Altdorf 1628; GEORG PAUL RÖTENBECK [praes.] / EUTHALIUS SIEGMUND LUPIN [resp.], *An princeps sit solutus legibus civilibus?*, Altdorf 1684.

62 MELCHIOR DE INSULA [praes.] / ERNST SPRENGER, JOHANNES HELWIG u.a. [resp.], *An et quibus legibus princeps sit solutus?*, Basel 1625; Johann POMMERESCH [praes.] / JOACHIM RÜDIGER OWSTIN, *De principe legibus soluto, ad l. Princeps, 32 ff. de ll.*, Greifswald 1653; PHILIPP MATTHAEUS [praes.] / ANDREAS SCHEPS [resp.], *Quaestio an princeps legibus sit solutus?*, Marburg 1596; ERNST HEINRICH, *Disputatio politico-iuridica ad l. princeps XXXI. D. de legib. quae est De summa potestate Imperii Romani* (gedr. Den Haag 1751); JOHANN FRANZ BUDDEUS [praes.] / GEORG ERNST BRAND [resp.], *Princeps legibus humanis sed non divinis solutus*, Halle 1696; GOTTFRIED STRAUSS [praes.] / WOLFGANG ABRAHAM VON GERSDORFF [resp.], *Thema iuridicum ex l. 31. ff. de ll. et §. fin i. quibus modis testam. infirm. principem legibus esse solutum*, Wittenberg 1668; JOHANN PHILIPP STREIT [praes.] / JOHANN CHRISTIAN SCHELLE, *De principe legibus solutus*, Erfurt 1709; JOHANN GERHARD LINDHEIMER, *De principe legibus solutus*, Erfurt 1747.

63 FRIEDRICH PRUCKMANN, *Paragraphi soluta potestas, tractatus de regalibus, pars prior, in qua quid princeps ratione legum, contractuum ... tractatur*, Frankfurt a.M. 1672.

64 NICOLAUS EVERARDI [praes.] / FERDINAND VON KUEN-BELASY [resp.], *De regalibus*, Ingolstadt 1584; LEOPOLD HACKELMANN [praes.] / JOACHIM DELIUS [resp.], *De iure regali, obiter, de iure maiestatis, molendinorum, collectarum, & venationis*, Jena 1594; JOHANN ORNITIUS [praes.] / JOHANN WILHELM BURKHARD [resp.], *De his rebus quae in feudum dantur; item de regalibus*, Würzburg 1603; JOACHIM VOLSCHOV [praes.] / CONRAD FRIEDLIEB [resp.], *Disputatio politico-juridica de regalibus*, Greifswald 1651; KASPAR LANGAVEL, *De regalibus*, Erfurt 1674; CHRISTIAN THOMASIUS [praes.] / JEAN DU CLOS [resp.], *Celeberrimi auctoris De ratione status dissertationem XVII. & XIIX. de revisione, conventu principum, regimento perpetuo, regalibus statuum Imperii, et territorio*, Halle 1693; THEODOR ZIEGENWEIDT

Abb. 4. *«Princpes legibus solutus»* – insgesamt 15




*rium*[65], aber auch um das *maiestas*-Konzept[66], das durchaus als Zusammenfassung einzelner mittelalterlicher Herrschaftstitel aufgefasst wurde und diese noch nicht als lateinische Formulierung des Bodin'schen Souveränitätsbegriffs vollständig ersetzte. Diese Dissertationen liegen sowohl

[praes.] / JOHANN FRANZ VON BYLANDT [resp.], *Iuris feudorum Imperii regalium ex iure publico deducti pars altera*, Trier 1725.

[65] JOHANN PHILIPP SLEVOGT [praes.] / DAVID GOTTFRIED HAEPPEN [resp.], *De modis summum imperium acquirendi, conservandi, et amittendi*, Jena 1689; JOHANN ULRICH PREGITZER [praes.]/ FRIEDRICH MENZINGEN [resp.], *De modis, quibus Imperium et dominium publicum desinunt*, Tübingen 1690; ZACH [praes.] / DIURCTO ANDREE [resp.], *De imperio magistratuum politico in specie de superioritate territoriali*, Franeker 1716; Johann ANDREAS HOFMANN [praes.] / JACOB WILHELM CORAEUS [resp.], *De rebus principibus S. R. I. regentibus ad imperium dignitatem et personam publicam*, Marburg 1774.

[66] GEORG FRANTZKE [praes.] / ERHARD LOBARTH [resp.], *Disputatio de potestate principis*, Jena 1622; JOHANN ULRICH PREGITZER [praes.] / LUDWIG PLEICKARD VON FREYBERG [resp.], *Princeps cum maiestate ac maiestatis iuribus, exercitatione politica consideratus*, Tübingen 1650; HEINRICH MICHAELIS [praes.] / DANIEL BAGGE DANIELSOHN [resp.], *De maiestate*, Greifswald 1651; WILHELM LUDWELL [praes.] / ERASMUS VON BRANDT [resp.], *De summa potestate*, Altdorf 1656; SIMON BATTIER [praes.] / JOBST CHRISTIAN HASPERGEN [resp.], *De maiestate et eius iuribus*, Basel 1674. Vgl. auch die Anm. 47 oben.

aus protestantischen Universitäten wie auch aus katholischen Universitäten vor. Sie entstanden in gleichmäßiger Verteilung vom Zeitraum bis 1610 (3), bis 1640 (2), bis 1670 (4), bis 1700 (4) und bis 1730 (3), scheinen danach aber abzubrechen.

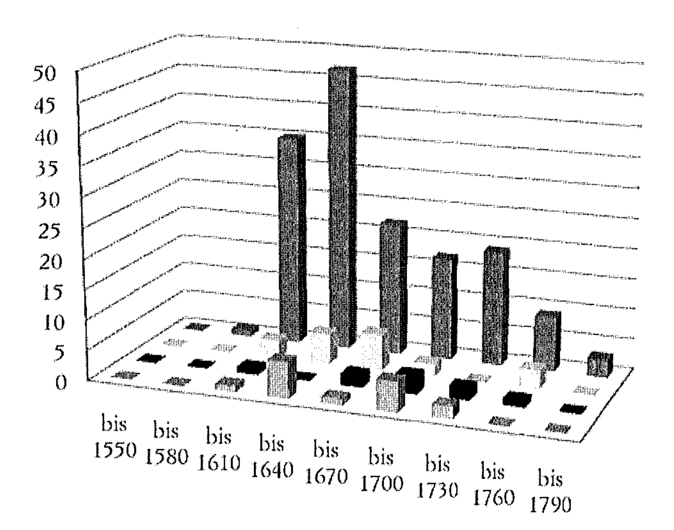
Mit den hier in den Blick genommenen insgesamt 195 Dissertationen haben wir zwar nur einen kleinen Ausschnitt all derjenigen Dissertationen zum *ius publicum* und Reichsstaatsrecht erfasst, die etwa Härter aufschlüsselt[67]. Betrachtet man alle Abhandlungen aus dem gesamten Untersuchungszeitraum, so ist festzuhalten, dass die Erörterung des *De iurisdictione (et imperio)* ungebrochen attraktiv blieb und weit an der Spitze vor allen anderen *sedes materiae* des römischen Rechts lagen, um Grundfragen des öffentlichen Rechts zu erörtern[68]. Nicht nur verlaufen diese Untersuchungen weit länger bis in das 18. Jahrhundert hinein als es die Darstellungen von Stolleis und Strohm vermuten lassen würden, sondern gerade auch an katholisch bestimmten Universitäten fanden sich durchaus Untersuchungen in nennenswerter Zahl zu diesem Gegenstand. Trotz des vermutlich nicht repräsentativen Bestandes an Dissertationen aus dem katholischen Bereich im Max-Planck-Institut zeichnet sich derzeit ab, dass vor allem *de iurisdictione*, daneben auch, allerdings in geringerem Umfang, auch die Regalien diejenigen Themen innerhalb des neuen Sektors des öffentlichen Rechts waren, die an den katholischen Universitäten besonders beliebt waren.

Schlüsselt man alle Untersuchungen nach den Universitäten auf, so halten die Spitzenposition Jena mit 24, Basel mit 16, Straßburg und Altdorf mit jeweils 13, Wittenberg mit zwölf Veröffentlichungen. Es folgen Leipzig mit zehn, Gießen, Marburg und Ingolstadt als in dieser Reihung erster katholischer Universität mit neun Titeln; acht Dissertationen liegen schließlich aus Helmstedt vor. Gleich darauf folgen mit jeweils fünf Titeln die beiden katholischen Universitäten Würzburg und Mainz, sowie mit vier und drei Titeln die Universitäten Köln und Freiburg i.Br. Das entspricht nicht ganz dem Befund, den Härter bei seiner Gesamtauswertung aller Veröffentlichungen aus dem Gebiet des *ius publicum* vorlegen konnte. Während Härter Basel als außerhalb des alten Reichs gelegen ganz aus seiner Untersuchung ausblendet, liegt auch bei unserer Untersuchung der

[67] K. Härter, *Ius publicum und Reichsrecht*, S. 500 f.

[68] Hierauf verweist auch schon M. Stolleis, *Reichspublizistik und Policeywissenschaft*, S. 156-166, der allerdings stärker die individuellen Besonderheiten der Autoren und die grundsätzliche Neuausrichtung des öffentlichen Rechts anhand dieser Kategorie, neben dem Regalien- sowie dem Souveränitätsbegriff, betont.

Abb. 5. *Alle Dissertationen* – insgesamt 195




Gesamtzahl aller Veröffentlichungen Jena unangefochten an der Spitze; ähnliche Spitzenpositionen nehmen insgesamt auch Straßburg, Altdorf und Wittenberg ein. Es fällt jedoch auf, dass Leipzig bei unseren Themenfeldern weniger gut vertreten erscheint als bei der Gesamtzahl der Dissertationen und die letztgenannten katholischen Universitäten relativ gesehen besser vertreten sind.

## III. Inhaltliche Prägekraft der römischrechtlichen Topoi

Analysiert man in exemplarischer Weise – wie es hier allein geschehen kann – die inhaltliche Prägekraft der römischrechtlichen, gemeinrechtlichen Topoi für die frühneuzeitlichen Schriften auf dem Gebiet des *ius publicum*, so wird man naturgemäß stärkere Verbindungslinien finden als dies die Untersuchungen von Stolleis, Härter und auch Strohm vermuten lassen. Denn diese setzen den Akzent stärker auf die neue Erörterung der *leges fundamentales* und die zentrale Stellung der Reichsgeschichte in der juristischen Argumentation.

Man wird jedoch kaum den einen Argumentationsstrang gegen den anderen ausspielen können, wie beispielsweise der Blick auf die Erörterung der Regalien erweist. War schon im Mittelalter unter Beteiligung der Bologneser Doktoren die «alluviale Definition» der kaiserlichen Regalien zusammenstellt worden[69] – die einen Ausgangspunkt für die vorliegende Tagungsreihe bildete – so griff wörtlich die in den *Libri feudorum* inserierte Definition der Regalien auch eine unter Nicolaus Everard in Ingolstadt 1584 entstandene Dissertation auf. Der Doktorand, Ferdinand von Kuen-Belasy, hielt die mittelalterliche Regaliendefinition nicht nur für einen geeigneten Ausgangspunkt für eine öffentliche Disputation[70], sondern als Ausdruck der kaiserlichen Souveränität:

«regalia, de quibus hic acturi sumus, illa sunt iura, quae Imperatori Romano concessa et reservata sunt in signum suprema potestatis ac praeeminentia et in praemium immensi laboris, curarum et solicitudinem quas pro Romano imperio eiusque pacem et tranquillitatem conservanda sustinuit».

Der Autor fährt fort und kombiniert diese Regaliendefinition mit den uns schon bekannten römischrechtlichen Topoi: Allein dem Kaiser stehe das Recht zu, Steuern zu erheben, sowie das Recht, Beamte einzusetzen. Dies sei ihm aufgrund der Übertragung durch die *lex Regia* eingeräumt worden, und auch wenn sich im Reich Fürsten, Herzöge, Grafen, Barone und sonstige fänden, die die *iurisdictio* ausübten, so dürften sie dies nur aufgrund einer Delegation seitens des Kaisers:

«Apud ipsum enim Imperatorem est et manet iurisdictio tanquam apud fontem ex quo fluunt et refluunt omnes aliae iurisdictiones, per que ipsum tanquam caput imperii, in omnia eius membra diffundunt»[71].

Auch bei einem Autoren wie Dominicus Arumäus (1579-1637), Professor in Jena, der als einer der wichtigsten und frühesten Begründer einer systematischen Erörterung des *ius publicum* durch seine Dissertationensammlung gilt[72], finden sich allein drei Dissertationen zum Thema

[69] B. KANNOWSKI, *Der roncalische Regalienbegriff und seine Vorgeschichte*, in G. DILCHER - D. QUAGLIONI (Hrsg.), *Gli inizi del diritto pubblico. L'età di Federico Barbarossa: legislazione e scienza del diritto / Die Anfänge des öffentlichen Rechts. Gesetzgebung im Zeitalter Friedrich Barbarossas und das Gelehrte Recht* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Contributi/Beiträge 19), Bologna - Berlin 2007, S. 157-177.

[70] Zum Regalienbegriff allgemein in der frühneuzeitlichen publizistischen Debatte siehe M. STOLLEIS, *Reichspublizistik und Policeywissenschaft*, S. 166-170, ohne Nennung dieser Ingolstädter Dissertation.

[71] NICOLAUS EVERARDI [praes.] / FERDINAND KUEN-BELASY, Baron in Lichtenberg [resp.], *De regalibus*, Ingolstadt 1584, t. 4, sowie (2. Zitat): t. 148-150.

[72] M. STOLLEIS, *Reichspublizistik und Policeywissenschaft*, S. 213-216, besonders S. 214.

*iurisdictio*. Teilweise wurden diese in seine große Dissertationensammlung aufgenommen[73], teils sind sie auch selbständig gedruckt worden[74]. Auch zu den anderen, in diesem Aufsatz vorgestellten römisch-rechtlichen Topoi ließ Arumäus Dissertationen verfertigen[75]. Gerade in einer Dissertation, die er durch die Aufnahme in seine große Sammlung zum *ius publicum* adelte, finden wir in einzigartiger Bündelung und Verdichtung die kaiserlichen Majestätsrechte definiert und zwar ausschließlich mit Belegstellen des *ius commune* (allein zwei der hier erörterten Stellen) und ganz ohne Verweis auf die Bodin'sche Definition:

«Haec inquam Majestatis iura, qua olim Consulum, Senatus, Populique Romani propria erant l. 2 de o. i. Livius lib. 2 hist. soli Imperatori per prius, tanquam omnium superiori competent, qui totius orbis Christiani Romanique Imperii jure aeterno Dominus, primum locum primasque partes tenet ipsius integrale dominium quoad jurisdictionem et protectionem suo jure sibi vendicat l. deprecatio ff. ad l. Rhod. de jact. l. uni. [*Dig.* 14.2.8], ff. ad l. Jul. de ambit. [*Dig.* 48.14 unic.], l. i § initio 4 ff. de offic. praefect. urb. [*Dig.* 1.12.1.4], l. quidam 57 in fin. ff. de re judic. [*Dig.* 42.1.57], l. Bene a Zenone C. de quadr. praesc. [*Cod.* 7.37.3], Novell. 105 c. 2 [Nov. 105.2], in apibus 7 q. 1 [C.7 qu.1 c.41] et quasi dignitatum et honorum omnium fons et scaturigo augustissima, inter Principes mundi maxime refulget l. pen. et ibi Bald. C. de bon. quae liber. [*Cod.* 6.61.9], c. Adrian. ubi gloss. distinct. 63 [Di. 63 c.2] tanquam sanctissimus et nobilissimus l. quaeris ff. de natal. resti. [*Dig.* 40.11.3] l. 87 de leg. 2 [*Dig.* 1.3.87] in quo tanquam terrestri numine thesauri omnium dignatum reconditi censentur Bald. in c. 1 n. 1 de pac. jur. form. Socin. consil. 69 n. 3 Curt. Iun. consil. l. n. 17 Dei vicarius in terris Cacheran. decis. 30 n. 5. Christianissimus l. inter claras. C. de SS Trinit. [*Cod.* 1.1.8] lex animata in vices dei in administranda in Republica iustitia sustinens ...»[76].

[73] Vgl. DOMINICUS ARUMAEUS, *Discursuum academicorum de jure publico*, 5 Bde. Jena 1616-1623, darin etwa Bd. 1, S. 85-91 [disc. 8: MATTHIAS BOERTIUS, siehe Anm. 75]; S. 205-320 [disc. 13, Leipold, siehe Anm. 74]; S. 741 ff. [FRIEDRICH HARTLEDER, zur *lex Regia*]; S. 1063 ff. [JOHANNES ZABELIUS, *Dissertatio anti-Bodininiana*, zur *lex Rhodia*]; S. 828-913 [disc. 13: MATTHIAS BOERTIUS, *De natura jurium maiestatis et regalium*]; Bd. 3: S. 524-678 [disc. 15: CONRAD & BENEDICT CARPZOV, *De regalibus*] etc.

[74] DOMINICUS ARUMAEUS [praes.] / CASPER LEIPOLD [resp.], *Decuria gemina quaestionum juridico Politicarum de concurrentia jurisdictionis in Imperio Romano-Germanico*, Jena 1613; DOMINICUS ARMAEUS [praes.] / ANDREAS BALCK [resp.], *De iurisdictione*, Jena 1617; DOMINICUS ARUMAEUS [praes.] / GEORG KIRCHBERGER [resp.], *De iurisdictione*, Jena 1620; DOMINICUS ARUMAEUS [praes.] / EBERHARDUS A RHEDEN [resp.], *Disputatio juridica de Iurisdictione*, Jena 1622.

[75] DOMINICUS ARUMAEUS [praes.] / MATTHIAS BOERTIUS [resp.], *Disquisitio de sensu l. Princeps, 31 de LL. cum annexis*, Jena 1615; DOMINICUS ARUMAEUS [praes.] / JOHANNES ZABELIUS BRANDENBURGENSIS [resp.], *De lege Rhodia*, in ARUMAEUS, *Discursus academici de jure publico*, vol. 1, Jena 1615, S. 1063 ff.; DOMINICUS ARUMAEUS [praes.] / NICOLAUS SABANCORUS SUECUS [resp.], *Disputatio iuridica de regalibus*, Jena 1606.

[76] DOMINICUS ARUMAEUS, *Discursuum academicorum de juri publico*, dissertatio XIV, t. 121, S. 442.

Der Autor fährt fort:

«Hanc autem Imperatoriam dignitatem supremam et praeeminentiam, quae ossibus et medullis Imperatoris inseparabiliter inhaerescit, l. Quaecunque ff. de offic. ejus. [*Dig.* 1.21.1] imperator partim ex lege Regia per concessionem populi, qua omni imperio et potestate suprema a se abdicant, eandem in eum transtulit»[77].

Das «neue publizistische Denken» (M. Stolleis) bei Arumäus spiegelt sich daher nicht so sehr in den vergebenen Disputationsthemen und auch nicht in allen Argumentationslinien im Einzelnen wieder als in der kompilatorischen Zusammenstellung und systematischen Abhandlung aller Themen des öffentlichen Rechts.

Auch Erasmus Ungebauer (1589-1662)[78] ließ mindestens fünfmal an seinen beiden Wirkungsorten Altdorf und Jena über «de iurisdictione» disputieren[79], sowie einmal auch über «de lege regia»[80]. Er hielt also die klassischen *sedes materiae* aus dem römischen Recht nach wie vor für hinreichend strukturbildend, um darüber noch bis Mitte des 17. Jahrhunderts disputieren zu lassen. Den bei ihm entstandenen Dissertationen ist gemeinsam, die Definition der «iurisdictio» eher engzuführen und im Anschluss an die französischen Autoren Duarenus und Donellus als «iuris dictio» und nicht mehr wie noch die Glosse und einige Autoren des gelehrten Rechts als «iuris ditio» aufzufassen. Der Zwangsbegriff (im Sinne von «ditio» oder «districtus») bzw. in der gebräuchlichen römischen

[77] *Ibidem*, t. 123, S. 443.

[78] Nach Studium in Jena und Wittenberg wurde er Professor ordinarius für Lehenrecht zunächst in Altdorf, bekleidete seit 1616 das Amt eines Ratskonsulenten in Nürnberg und wechselte 1625 an die Universität Jena, wo er bis zu seinem Tod lehrte. Vgl. *Allgemeine Deutsche Biographie*, Bd. 39, S. 281; *Deutsche Biographische Enzyklopädie*, Bd. 10, S. 1779. In älteren Nachschlagewerken wird hervorgehoben, Ungepauer habe als erster Protestant das Kirchenrecht nach den Dekretalen gelesen, vgl. GEORG ANDREAS WILL, *Nürnbergisches Gelehrten-Lexicon*, Bd. 8, 1808 s.v. Dieser protestantische Gelehrte wird von M. STOLLEIS, *Reichspublizistik und Policeywissenschaft*, S. 98-100 (Altdorf), S. 241 (Jena) und sonst nicht herangezogen.

[79] ERASMUS UNGEPAUR [praes.] / QUIRINUS KUBACH Roslaviensis Thurigensis [resp.], *Paucula haec de iurisdictione themata*, Jena 1612; ERASMUS UNGEPAUR [praes.] / CHRISTOPHORUS ABRAHAMUS A STAUPACH equestris Bohemensis [resp.], *Disputatio de iurisdictione et imperio materia et forma difficili*, Altdorf 1617; ERASMUS UNGEPAUR [praes.] / JACOBUS WILDVOGEL [resp.], *Disputatio iuridica de iurisdictione*, Altdorf 1622; ERASMUS UNGEPAUR [praes.] / JOHANNES CHRISTOPHORUS AB ERFFA [resp.], *Disputatio juridica de iurisdictione*, Jena 1651; ERASMUS UNGEPAUER [praes.] / SAMUEL ADAM [resp.], *De jurisdictione ecclesiastica*, Jena 1657.

[80] ERASMUS UNGEPAUER [praes] / FRANZ WILCKA VON BODENHAUSEN [resp.], *De lege regia tum Romanorum antiqua, tum Germanorum hodierna, ad l. 1. in princ. ff. de constit. principum, et capitulationes Imperatorum*, Jena 1642.

Terminologie des «imperium» wird aus dem Rechtsprechungsbegriff ebenso wie die Herrscherfunktion der Gesetzgebung ausgegrenzt[81]. Dagegen sei alle Zwangsgewalt im Sinne von *imperium* den Beamten vom Kaiser verliehen worden. Folgerichtig schließt sich daher ein Doktorand sogar der kaiserfreundlichen Interpretation von *jurisdictio* und *dominium* an, wie sie einst der Glossator Lothar gegen die restriktive Auslegung von Azo vertreten hatte[82]. Einsetzung der Beamten, Erlassen von Gesetzen und das Recht, Kriege zu erklären seien daher die *jura maiestatis*, die Kennzeichen und Vorrechte des *princeps*[83].

Schließlich sollen einige Beispiele des frühneuzeitlichen staatsrechtlichen Denkens an einer katholischen Universität, nämlich Ingolstadt, beleuchten. Die dortigen Doktoranden waren bemüht, Rechtsprechung (*iurisdictio*) eher eng zu definieren, nämlich allein auf die Tätigkeit der Richter bei der Fallentscheidung zu begrenzen und den demgegenüber weit verstandenen Begriff des *imperium* ausschließlich dem Herrscher als höchster Macht, zuzuweisen[84]. Allerdings finden sich naturgemäß bei

[81] «... cum ditionis vox in personas dominandi potestatem denotet vel publicam quae solius principis (§ 1, prooem. Instit.) vel privatam quae domini in servos est (l. 2 *Cod.* de libert. et eor. lib. [*Cod.* 6.7.2]) et nusquam neque in iure nostro neque apud probatos linguae latinae auctores *jurisditionem* legi pro *jurisdictione* (Hervorhebung S.L.) doctores contendant, sed a jure et dicendo ... jurisdictio sit potestas legitima magistratus jus constitutum accomodandi ad causas, ut cuique justicia administratur», ERASMUS UNGEPAUR [praes.] / JOHANNES CHRISTOPHORUS AB ERFFA [resp.], *Disputatio juridica de iurisdictione*, t. 1, 3.

[82] «... concesso autem mero imperio nihil ulterius concessum intelligi debet, quam nudum exercitium, ut itaque Lotharius contra Azonem et aequum dixit et equum juste tulerit. Ratione enim proprietatis, vel quod idem jure proprio ...», ERASMUS UNGEPAUER [praes.] / JACOBUS WILDVOGEL [resp.], *Disputatio juridica de iurisdictione*, Altdorf 1622, t. 8 c. 1.

[83] «... aliisque summum quid in Republica arguentibus consistebat, ipsi in Octavium quem postea Augustum vocabant, transtulit. Eoque spectat quod solus princeps habeat ius ac potestatem Magistratus creandi ..., leges ferendi ..., bella decernendi quae tria jura maiestatis essentialia sunt», Erasmus UNGEPAUER [praes] / FRANZ WILCKA VON BODENHAUSEN [resp.], *De lege regia*, t. 20.

[84] FRIEDRICH MARTINI [praes.] / HEINRICH ABRAHAM DE EINSIEDEL [resp.], *Theses de iurisdictione secularium iudicum*, Ingolstadt 1584, t. 8 (iurisdictio = iuris dictio und nicht iuris ditio), t. 4 «imperium itaque ipsum, cum omnibus suis partibus et gradibus absolutum est, summum dicitur, id quod ad eum, qui reipublicae universae potitur, pertinet». Auch in diesem Zusammenhang wurde wieder auf den Streit der Glossatoren um die Auslegung von *iurisdictio* und *dominium* im kaiserfreundlichen Sinne oder im herrschaftsbegrenzenden Sinne hingewiesen: «mutata itaque reipublicae forma, ex bona in optimam, iurisdictionis potestas penes Imperatorem esse coepit. Ac fons iurisdictionis omnis etiam hodie dicitur,

dieser weitgehend den im protestantischen Raum, etwa unter Ungepauer, vertretenen Definitionen vergleichbaren Begriffsbestimmung keine Verweise auf die protestantischen französischen Autoren Donellus oder Duarenus.

Ausgiebig auf die bekannten Belegstellen des römischen Rechts samt ihrer im *ius commune* entwickelten Auslegungen griff auch der Ingolstädter Professor Franciscus Zoanetti[85], der seit 1549 im Dienste der bayerischen Herzöge stand, zurück, um die staatsrechtliche Stellung des römisch-deutschen Kaisers zu definieren:

«Sciendum proinde est illud potissime: nihil certius nihilque verius in iure civili Romano dici vel adfirmari posse: quam Caesarem Augustum huius mundi machinae esse dominum: utpote eum, cui & in quem populus ille Romanus terrae marisque gubernacula, Imperium suum omne, & potestatem concessit, l. i, ff. de consti. princip. [*Dig.* 1.4.1]. Itaque non iniuria (mihi videtur) seipsum mundi dominum Imperator appellat, in l. Deprecatio, ff. ad l. Rhod. De iactu. [*Dig.* 14.2.9] in l. Bene a Zenone § Sed sancimus, C. de quadrienn. praescript. [*Cod.* 7.37.3]. Est bonus textus in l. Si duas § Grammatici, ibi, universo autem orbi conveniens est, ff. de excu. tutor. [*Dig.* 27.1.6.1]. Id quod et nostrates (quemadmodum loco superiore etiam annotavi) communibus suffragiis Caseari facile tribuunt. Sic namque voluit glossa in c. Venerabilem in vers. transtulit in Germanos, extra de electi. [X 1.6.34 glo. 'in germanos'] & glossa in c. Hadrianus, el. 2 in ver. per singulas 63 distinct. [*Dig.* 63 c.2]. Ita Cynus, Bartolus, Baldus, Salicetus, Paulus Castrensis et Iason testantur in l. Cunctos populos circa princ. C. de summa trinit. et fid. catholi. [*Cod.* 1.1.1]. Aliique plures, quos inibi Iason in prima & ii. eius praelectione numero 8, commemorat»[86].

Allerdings knüpfte er bei seiner Interpretation an die mittelalterliche, einschränkende Interpretation der entsprechenden Stellen an und billigte dem Kaiser keine frühabsolutistische unbeschränkte Machtfülle zu, wie man es für einen Autoren des katholischen Raums vielleicht annehmen würde:

«Caeterum vero hanc Imperatoris potestatem cum aequitatis iuditio & iustitiae moderamine interpretandam accipiendamque existimabis. Dominus quidem est Imperator universi orbis, administratione scilicet, sive mavis protectione, & iurisdictione: non etiam directo dominio seu proprietate. Ista fuit clarissima Bulgari glossatoris apud Ronchalias, agrum Bononiensem, Romano Caesare interrogante, sententia: cui sese reliqui postea glossatores subscripsere, in proemio digesti veteris, in prin. in ver. sanctionem [Const. Omnen in pr]. Quo loco, ut dictum est, imitati Bulgarum glossatores scribunt: Romanum Imperium, & res contentas in eo esse sane Imperatoris, ratione solius iurisdictionis, administrationis, seu

ex quo omnis potestas iurisdictionis aut concedendae manet aut concessa ...», *ibidem*, S. 15, t. 48.

[85] Francesco Giovanetti stammte aus einer adligen Bologneser Familie. 1549 wurde er an die Universität Ingolstadt berufen, später auch Rat von Herzog Albrecht V. von Bayern. Vgl. ANTON MARIA KOBOLT, *Bayerisches Gelehrten-Lexikon*, ber. Ausgabe 1824 s.v.

[86] FRANCISCUS ZOANNETTI, *De Romano Imperio ac eius iurisdictione. Liber in rubricam C. de milit. testam.*, Ingolstadt 1563, S. 35 f., n. 149.

protectionis: non autem proprietatis. Ubi & Bartolus n. 3 versic. Quid dicendum etc. ait: hanc glossatorum opinionem esse veram: quam etiam Jacobus de Arena fuerit sequutus: ut Imperator mundi dominus dici recte possit, respectu tantum modo protectionis & iuris dictionis: quoniam totum mundum defendere tenetur»[87].

## IV. Zusammenfassung

Eine quantitative Auswertung der hier vorgestellten frühneuzeitlichen Dissertationen ergibt, dass die vier zentralen Topoi des römischen Rechts, anhand derer schon im *ius commune* öffentlichrechtliche Fragestellungen erörtert worden waren (*Dig.* 2.1.3/*Cod.* 3.13, *Cod.* 7.37.3, *Dig.* 1.4.1 und *Dig.* 1.3.31/*Cod.* 1.14.4), auch bis weit in das 17. Jahrhundert hinein kategorial und inhaltlich das Denken der sogenannten «publizistischen Autoren» prägte. Gerade anhand dieser Texte wird eine jedenfalls künftig nicht völlig zu vernachlässigende Rolle auch der katholischen Universitäten bei der Ausbildung des Fachs öffentliches Recht deutlich. Bemerkenswerterweise vergaben jedoch auch protestantische Autoren, hier beispielhaft an Dominicus Arumäus und Erasmus Ungepauer vorgestellt, die Topoi als Dissertationsthemen und verwendeten sie als wichtige Bestandteile ihrer Komposittraktate *De iure publico.* Man wird daher zurückhaltender als bislang sein müssen bevor man annimmt, das neue Fach des *ius publicum* habe sich zunehmend auf die Erörterung speziell reichsrechtlicher Themen, so der Reichsfundamentalgesetze, verlegt. Gewiss traten diese als neue Themen hinzu, lösten aber noch lange nicht die altbekannten *sedes materie* des *ius commune* ab.

Nach derzeitigem Kenntnisstand hervorhebenswert scheint auch, dass gerade im protestantischen Bereich diejenigen Stellen des römischen Rechts, die eine absolutistische Festigung der Herrscherstellung belegen sollten, zu eigenständigen Dissertationsthemen erkoren wurden, während an den katholisch geprägten Universitäten lediglich solche unter dem Titel *De iurisdictione* entstanden. Dabei konnten die anderen drei klassischen Belegstellen oder auch weitere hinzutreten.

Sowohl bei der äußeren Erfassung wie bei der inhaltlichen Erschließung der an den katholischen Universitäten Erfurt, Salzburg, Wien, Köln, Würzburg, Mainz, Trier und Ingolstadt entstandenen Abhandlungen, die hier nur höchst exemplarisch vorgestellt werden konnten, ist erst noch genauer zu fragen, ob und inwieweit sich die bisherigen Großannahmen halten lassen werden. Möglicherweise wirken sich die konfessionellen

[87] *Ibidem*, S. 36, n. 150.

Unterschiede auf die Positionen weniger stark aus. Unter Umständen treten konfessionelle Unterschiede stärker durch ein unterschiedliches Zitierverhalten hervor, etwa in der Art, dass keine Zitate von französischen Hugenotten, und des sogenannten *mos gallicus* allgemein, an den katholischen Universitäten vorkommen.

*Résumé*

La dottrina giuridica nella letteratura giuspubblicistica della prima età moderna

Un'analisi quantitativa sulle dissertazioni della prima età moderna prese in esame in questo contributo mostra che i quattro *topoi* del diritto romano intorno ai quali già il diritto comune aveva dibattuto centrali questioni di diritto pubblico (*Dig.* 2.1.3/*Cod.* 3.13, *Cod.* 7.37.3, *Dig.* 1.4.1 e *Dig.* 1.3.31/ *Cod.* 1.14.4) continuarono a informare di sé le categorie e i contenuti della letteratura giuspubblicistica fino al XVII secolo inoltrato. Alla luce di questi testi emerge con chiarezza il ruolo, in un momento successivo non trascurabile, delle università cattoliche nello sviluppo del diritto pubblico come disciplina.

È in ogni caso degno di nota che anche autori protestanti, come ad esempio Dominicus Arumaeus (1579-1637) ed Erasmus Ungepauer (1582-1659), abbiano assegnato quei *topoi* come temi di dissertazione e li abbiano largamente impiegati nei loro trattati *De iure publico*. Sarà dunque necessario vagliare con maggiore attenzione di quanto non sia stato fatto finora l'idea ormai prevalentemente accolta che la nuova disciplina dello *ius publicum* abbia via via spostato il proprio centro d'interesse, in modo sempre più marcato, su questioni di diritto imperiale, come quella delle leggi fondamentali dell'Impero. Questi nuovi temi vennero certamente ad aggiungersi ai precedenti, ma non soppiantarono ancora per lungo tempo le tradizionali *sedes materiae* dello *ius commune*.

Allo stato attuale delle conoscenze è altresì degno di nota che proprio in area protestante siano stati scelti come argomenti di dissertazione alcuni luoghi romanistici che avrebbero dovuto costituire la base autoritativa di un consolidamento del potere in senso assolutistico, mentre le università di stampo cattolico produssero in questo campo solo alcune dissertazioni sotto il titolo generico *De iurisdictione*.

Resta da chiarire se e fino a che punto le ipotesi che hanno preso forma in questa indagine – e che è stato possibile accennare qui solo sommariamente – potranno trovare conferma in un'analisi formale e contenutistica delle dissertazioni provenienti dalle università cattoliche di Erfurt, Salisburgo, Vienna, Colonia, Würzburg, Magonza, Treviri e Ingolstadt.

È possibile infatti che le differenze confessionali abbiano avuto un'influenza inferiore a quanto solitamente si creda sui contenuti, e ne abbiano avuta invece una decisamente maggiore sull'apparato delle citazioni che

corredavano il testo (nelle dissertazioni provenienti da università cattoliche, ad esempio, sono assenti citazioni di ugonotti francesi e di giuristi del cosiddetto *mos gallicus*).

*Traduzione di Lucia Bianchin*

# Potere pubblico e libera concorrenza

## Il valore dell'«utilitas publica» nel «crimen monopolii» e nel «monopolium principis» in un «consilium» di Andrea Alciato

di *Fulvio Mancuso*

In un convegno nel quale si dibatte della concezione del diritto e dell'organizzazione pubblica e, in particolare, delle manifestazioni, di continuità o di rottura, del potere pubblico nel lungo e travagliato passaggio dal particolarismo universalistico medievale verso la modernità, parlare di libera concorrenza, di monopoli e di regolazione del mercato ha un senso, anzitutto, per il punto di osservazione scelto: non quello degli operatori economici bensì del potere pubblico e dei suoi interventi praticati ovvero auspicati. Con le lenti, certo distorsive ma almeno indicative, del giurista formatosi alle pendici della scienza codicistica e delle sue classificazioni scientifico-didattiche, lo sguardo immediatamente si volge verso la magmatica e discussa sfera del diritto pubblico dell'economia. Ancor oggi, orientandosi in una letteratura vasta e stimolante, si coglie la diffusa consapevolezza dell'incertezza dei confini dell'oggetto d'indagine; incertezza che nasce dalla faticosa conquista di uno spazio, quantomeno, di dignità didattica dai contorni comunque aperti. Massimo Severo Giannini non esita ad escludere il diritto pubblico dell'economia dal novero delle «discipline autentiche» e a definirla una disciplina oggettuale in contrapposizione alle discipline cosiddette settoriali: in queste, il diritto penale per fare un esempio, il lavoro della scienza e della giurisprudenza tende alla costruzione di un sistema attorno ad un settore della normazione positiva, in quelle, prive di un identificabile settore di normazione positiva, vi appare soltanto il raggruppamento di istituti giuridici studiati e ordinati sulla base della concorrenza di diverse qualificazioni giuridiche: nell'ambito di una tale visione, il diritto pubblico dell'economia, nel rispetto delle convenzionali partizioni scientifico-didattiche, ha il suo oggetto in «... quegli istituti dei settori di normazione che si usano indicare come di 'diritto pubblico' che siano *direttamente* volti alla disciplina di eventi *specificamente* economici»[1]. Lasciando, dopo essersi addentrati

[1] M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia* (1977), Bologna 1995, pp. 15-18. «Dobbiamo dunque chiederci: esiste un settore della normativa positiva identificabile

pur di poco, la folta selva degli scritti di diritto pubblico dell'economia, denominazione «... derivata da quella tedesca di *Wirtschaftsrecht* ...»[2] e apparsa preferibile a quella francese di *droit public économique*[3], rimane addosso la sensazione di una, per così dire, certezza dubbiosa: quella di aver visitato un globo scientifico vasto, discusso, dagli orizzonti indefiniti pur nella definita individuazione dei suoi poli (il potere pubblico, da una parte, i fatti economici dall'altra)[4]. E questa sensazione permane, peraltro produttiva di curiosità, anche appropriandosi di posizioni – quali quella di Giovanni Quadri[5] – a sostegno dell'autonomia della disciplina.

come 'diritto pubblico dell'economia'? La constatazione negativa è immediata, poiché, nella sua storicità, l'ordinamento positivo vigente nei nostri paesi conosce normazioni positive divisibili in vari settori costruibili in sistemi, ma tra essi non c'è un settore definibile come diritto pubblico dell'economia. A parte il diritto costituzionale ancor di controversa definizione, i settori ordinabili a sistema della nostra normazione positiva sono solo quelli dei diritti privato, amministrativo, penale e processuale. Tutte le altre discipline giuridiche che si intitolano ad altri diritti (diversi da quelli attinenti ad altri ordinamenti giuridici) sono quindi o discipline relative a sottosettori, o discipline oggettuali (e si potrebbe anche ritenere, seguendo un'opinione diffusa, che anche le discipline di sottosettori siano oggettuali). Ne segue che il diritto pubblico dell'economia non può che essere una disciplina oggettuale; ha una validità conoscitiva, e, se si vuole, didattica, non una validità oggettiva»; *ibidem*, p. 16.

[2] G. QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, Padova 1980², p. 9, cfr. *ibidem*, pp. 10-11, per la bibliografia tedesca.

[3] G. QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 9, cfr. *ibidem*, pp. 11-12, per la bibliografia francese, tra cui gli scritti di G. FARJAT, *Droit économique*, Paris 1971; R. SAVY, *Droit public économique*, Paris 1972; A. JACQUEMIN - G. SCHRANS, *Le droit économique*, Paris 1974; A. DE LABAUDÈRE, *Droit public économique*, Paris 1974.

[4] Oltre alle citate pagine di Giannini e a quelle di Giovanni Quadri (cfr. *infra*, nota 5), alle quali si rinvia per un orientamento bibliografico (per il quale è d'obbligo rimandare anche a G. DI PLINIO, *Diritto pubblico dell'economia*, Milano 1998, pp. 99-100), si possono rammentare, tra i molti, gli scritti italiani di V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Corso di diritto pubblico dell'economia*, Caserta 1966; B. CAVALLO - G. DI PLINIO, *Manuale di diritto pubblico dell'economia*, Milano 1983; P. DE CARLI, *Lezioni e argomenti di diritto pubblico dell'economia*, Padova 1995; E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, Roma 1996; G. DI PLINIO, *Diritto pubblico dell'economia*, cit.; G. GHETTI, *Lineamenti di diritto pubblico dell'economia*, Milano 2001; R. CAPUNZO, *Argomenti di diritto pubblico dell'economia*, Milano 2005.

[5] G. QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., pp. 13-15. «Del pari il diritto dell'economia muove dall'esigenza di dare ordine logico e sistematico ai principi, alle norme e ai soggetti che si affermano in occasione della scelta, essenziale per lo stato contemporaneo, di un intervento pubblico nell'economia. Si tratta di una fenomenologia giuridica assolutamente originale rispetto a quelle tradizionali, e quindi autonoma. Il Savatier ... dichiarava di essersi 'convaincu progressivement de l'autonomie d'un droit économique'. Jacquemin e Schrans ... rilevano esattamente: 'c'est surtout dans son acception traditionelle

Spingendosi oltre, si scopre una suggestiva e discussa questione che ha spinto non pochi studiosi alla configurazione della più ampia categoria del cosidetto «diritto dell'economia», una disciplina dai vastissimi confini delimitati dall'altrettanto vasto campo di intersezione diretta tra diritto ed economia: diritto dell'economia, com'è stato detto, quale disciplina che corrisponde «... à la montée en puissance de l'économique dans les sociétés développées»[6]. Il dibattito intorno all'ipotesi di un diritto dell'economia, disciplina che attraversa, nella prospettiva oggettuale economica, le partizioni classiche del diritto, ha suscitato adesioni, critiche, perplessità e, comunque, diffusa curiosità scientifica[7] ed è anche sfociata, attraverso

de 'droit de l'économie dirigée' que la doctrine reconnaît actuellement au *Wirtschaftsrecht* une réelle autonomie scientifique par rapport aux autres branches du droit' ... Il diritto pubblico dell'economia ha una sua precisa identità, un suo metodo, un suo oggetto. Il considerevole grado di maturazione della disciplina è dimostrato anche da chi non vuole prender posizione in generale sul problema dell'autonomia del diritto pubblico dell'economia e si limita a descrivere la materia nei suoi caratteri particolari, nel suo apparato organico e nelle sue regole giuridiche fondamentali», *ibidem*, pp. 14-15.

[6] G. FARJAT, *Pour un droit économique*, Paris 2004, p. 10. L'autore sottolinea come i terribili eventi dell'undici settembre e dell'intervento in Iraq, avendo in qualche modo rimesso in moto le antiche lancette dell'orologio della storia con i suoi caratteri, talvolta i più arcaici, e turbato il corso di una mondializzazione economica felice, hanno favorito il ritorno dello Stato e cambiato, forse, la natura del diritto economico avvicinandolo ad esso e allontanandolo dalla società civile senza, tuttavia, averne soppresso la necessità; *ibidem*, pp. 10-11.

[7] Per un orientamento sul dibattito cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., pp. 18-19, nota 1: l'autore rammenta le origini tedesche (J.W. HEDEMANN, *Grundzüge des Wirtschafsrechts*, Berlin 1922) di quello che definisce un movimento di pensiero teso a costituire un diritto dell'economia unitario (pubblico e privato) intorno al quale egli solleva più di una critica; un movimento di pensiero proseguito in Francia (Joseph Hamel) e in Italia (Lorenzo Mossa) e ripreso, dopo la seconda guerra mondiale, ancora in Francia (G. FARJAT, *Droit économique*, cit.; R. SAVY, *Droit public économique*, cit.; A. JACQUEMIN - G. SCHRANS, *Le droit économique*, cit.) e in Italia (M. LONGO, *Introduzione allo studio del diritto dell'economia: lezioni svolte nell'Università di Torino nell'anno accademico 1959-60*, Torino 1960; dello stesso autore si vedano, *Primi appunti per una formulazione e trattazione di diritto dell'economia*, in *Studi in memoria di Lorenzo Mossa*, Padova 1961, pp. 549-576 e *Saggi critici di diritto dell'economia*, Milano 1965-1966). Allo stesso scopo si leggano le pagine introduttive di G. FARJAT, *Droit économique*, cit., in particolare pp. 22-25. Decisamente favorevole alla configurazione di una disciplina unitaria di diritto dell'economia si è dimostrato G. QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., pp. 21-22; «In conclusione può affermarsi che il diritto dell'economia è una disciplina unitaria, che abbraccia lo studio di numerosi problemi ed istituti, alcuni tipici del diritto pubblico, altri del diritto privato. L'isolamento di un diritto pubblico dell'economia all'interno del diritto dell'economia ha valore a soli fini didattici ed espositivi e non esime dalla trattazione di istituti che tradizionalmente sono propri del diritto privato», *ibidem*, p. 22.

la pubblicazione del primo *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Francesco Galgano, nell'accoglimento di una istanza interdisciplinare[8] prima di essere attratta nell'orbita del diritto comunitario[9] e di attenuarsi negli ultimi anni[10]. In ogni caso, se di diritto dell'economia si vuol parlare, un argomento a favore di tale ipotesi classificatoria mi sembra individuabile nella preferibile prospettiva di una scienza giuridica che si appropri (o, meglio, si riappropri) della sfera oggettuale economica attraverso lo strumentario sapienziale che le è consono, piuttosto che assistere ad un processo opposto volto a far assumere al diritto una posizione addirittura ancillare rispetto all'economia, con l'individuazione di un comune ed unico criterio epistemologico consistente nell'analisi economica del diritto.

Quel che qui conta, comunque, è comprendere come un contributo storico in materia di regolazione della concorrenza[11] possa e debba esser ricondotto entro una prospettiva pubblicistica: se per i monopoli c.d. pubblici, vale a dire per le attività economiche il cui esercizio è sottratto al mercato ed è gestito direttamente da articolazioni dell'autorità pubblica non vi è necessità di argomentare, per ciò che riguarda l'intervento regolatore in materia di pratiche monopolistiche, per così dire, private occorre giustificare. Ma le ragioni, in questo senso, non mancano.

Ulteriori approfondimenti ed indicazioni bibliografiche, anche sui più recenti interventi nel dibattito, in G. Di Plinio, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., pp. 100-101.

[8] *Ibidem*, p. 100.

[9] *Ibidem*, p. 102: «Secondo altra impostazione, una valutazione del problema deve fondarsi sulla evoluzione indotta nelle strutture e nelle funzioni pubbliche inerenti l'economia dalla espansione della integrazione europea, che ha modificato la configurazione intima della sovranità economica degli stati ... rendendo inevitabile la ricomposizione del settore scientifico a livello comunitario, e dando origine a un diritto comunitario 'pubblico' dell'economia».

[10] *Ibidem*, p. 100: «Le discussioni che, a partire dalla fine degli anni cinquanta, si sono svolte sul significato e la natura del diritto dell'economia, e sulla sua appartenenza al diritto pubblico o al diritto privato, sembrano oggi attenuate, sulla base della apparentemente salomonica scelta di politica universitaria che ha creato il settore scientifico disciplinare autonomo 'Diritto dell'economia', che comprende una dozzina di insegnamenti, tra cui il *diritto pubblico dell'economia* e il *diritto privato dell'economia* ...».

[11] Per un quadro storico sulle vicende giuridiche statunitensi (dallo *Sherman Act* del 1890) ed europee (tedesche in specie e poi comunitarie) in materia di regolazione della concorrenza cfr. S. Mannoni, *I percorsi della regolazione della concorrenza negli USA e in Europa: appunti per un profilo storico*, in *L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive*, I-II, in «Quaderni Fiorentini», 31, 2002, qui II, pp. 639-650.

Ormai oltre un ventennio fa è stato osservato che l'ipotetica divisione tra un diritto pubblico ed un diritto privato dell'economia ha concretamente posto in discussione la distinzione stessa tra diritto pubblico e privato: invero, è stato affermato che neanche quello oggettuale (gli istituti giuridici considerati) può essere ritenuto un valido criterio discretivo e, dunque, soltanto le finalità dell'intervento autoritativo corrispondenti ad un disegno e ad un interesse di ordine generale possono valere a qualificare lo stesso in senso pubblicistico[12].

Insomma, laddove il rapporto tra intervento pubblico ed economia si riveli direttamente funzionale alla tutela, al perseguimento di un interesse generale – vale a dire un interesse che travalichi la mera ordinata regolazione delle relazioni intersoggettive – la rilevanza pubblicistica, ovvero sotto il profilo del diritto pubblico, non potrà essere revocata in dubbio[13]. A tutto questo si aggiunga che, sotto il profilo repressivo, la fattispecie del cosidetto «crimen monopolii» riporta la tematica anche entro la più

[12] G. QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 21: «Ma come si può dire che lo studio della proprietà o dell'impresa debbano essere esclusi dal diritto pubblico dell'economia e riservati al diritto privato dell'economia? Si deve invece convenire che sia il diritto pubblico che il diritto privato dell'economia studiano le norme e i principi mediante i quali si realizza l'intervento pubblico nel campo dell'economia. Intervento che evidentemente non può essere circoscritto a quello operato direttamente dai pubblici poteri, ma deve necessariamente considerare anche la sfera di attività dei privati che viene indirizzata e limitata in un disegno unitario di interesse generale e di conseguimento dei fini ultimi che la società intende perseguire. Si tratta di una disciplina unitaria, per metodo e sistematica. Sarebbe dunque logicamente corretto parlare di diritto generale dell'economia, raccogliendo un interessante suggerimento».

[13] Discutendo del significato e dei confini del diritto pubblico dell'economia, ed escludendo la validità del criterio oggettuale – che conduce tendenzialmente all'interdisciplinarietà e all'indistinzione – Di Plinio ha posto l'accento sull'elemento funzionale: «Da questo punto di vista, e tenendo conto della evoluzione storica nel rapporto tra forme di potere e modi di produzione, più che agli oggetti si deve guardare alla *funzione* del diritto all'interno di questo rapporto, chiedendosi in particolare, postulando che una funzione esista, se sia solo descrittiva, o se abbia anche connotati prescrittivi. La funzione *descrittiva* del diritto pubblico dell'economia dovrebbe essere quella di individuare, sistemare e razionalizzare i fondamenti e la legittimazione del rapporto tra economia e istituzioni giuridiche, in relazione alle determinanti materiali del sistema economico *storicizzato*, e descrivere il funzionamento generale delle istituzioni in cui è concentrato il comando giuridico nella regolazione dei rapporti di produzione e di scambio. Sotto questo aspetto vi era diritto pubblico dell'economia anche nello stato assoluto e in quello liberale, ma vi era anche diritto dell'economia (senza aggettivazione ma solo se si postula che l'aggettivo pubblico presuppone l'esistenza dello stato-nazione) nelle società feudali e persino in quelle neolitiche (anche se il linguaggio ancora non esisteva)»: G. DI PLINIO, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 93.

specifica sfera del 'diritto penale dell'economia' così come inteso in antico regime e agli inizi dell'età contemporanea[14].

[14] Cfr. R. FERRANTE, *Diritto penale dell'economia e codificazione ottocentesca. Le scelte ticinesi (1816)*, in «Archivio storico ticinese» [*Il Codice sgradito. Atti del convegno sul Codice penale della Repubblica e Cantone del Ticino (1816), Lugano, 17 novembre 2006*], 44, 2007, 142, pp. 269-276; R. FERRANTE, *Pratica legale e codificazione nella Roma di Gregorio XVI. Il progetto di codice penale di Camillo Trenti*, in *A Ennio Cortese. Scritti promossi da Domenico Maffei e raccolti a cura di Italo Birocchi, Mario Caravale, Emanuele Conte, Ugo Petronio*, I-III, Roma 2001, qui II, p. 79. «È opportuno a questo punto dare conto in modo sintetico ... di cosa si può intendere per diritto penale dell'economia in antico regime e poi agli esordi dell'età contemporanea. Storicamente il primo tema di rilievo penale nell'ambito del diritto mercantile è quello dell'usura ... La seconda area è quella del fallimento, anch'esso duramente punito in età medievale ... Terza area che è quella, anch'essa con un'ampia ma piuttosto confusa tradizione, della truffa o talvolta 'stellionato', *escroquerie* nei codici francesi ... Vi è infine una quarta area, che si delinea con più chiarezza nel diritto penale codificato, costituita dai comportamenti (ad esempio il 'monopolio') che hanno un effetto turbativo dell'attività commerciale, del 'mercato'. Il legislatore fa però fatica a raggiungere la sicurezza su quale sia l'interesse effettivamente tutelato: il singolo operatore economico, o la collettività; la collocazione sistematica delle norme di questo settore penalistico così oscilla tra quelle parti del codice dedicate alla tutela dell'individuo, o invece altre dove l'obiettivo è la tutela degli interessi generali»; R. FERRANTE, *«Padroni dell'uso de' capitali senza le leggi proibitive degli altri governi». Diritto penale ed economia nelle isole Ionie*, in S. VINCIGUERRA (ed), *Codice penale degli stati uniti delle isole Jonie (1841)*, Padova 2007, pp. CLI-CLIII. Riguardo al monopolio e al rapporto commercio-diritto pubblico, Ferrante osserva ancora: «Va innanzi tutto tenuto conto dell'indicazione della figura di reato 'monopolio', non presente nel codice francese e come si vedrà ricorrente nella tradizione codicistica italiana. La scienza giuridica italiana indicava sul punto almeno due luoghi giustinianei, il titolo *De monopoliis et conventu negotiorum illicito* (*Cod.* 4,59) del *Codex*, e poi i *Digesta*, *Ad legem Iuliam de annona* (*Dig.* 48,12), con cui chiaramente si comprende il contesto originario da cui deriva questa disciplina, e cioè le regolamentazioni, anche di diritto particolare, in tema – appunto – di annona. Va poi valutata la collocazione nel sistema generale del codice ticinese del 1816 – delitti contro la Repubblica/delitti contro il commercio pubblico – e la sua oscillazione nei diversi lavori di codificazione di inizio Ottocento in qualche modo collegabili alla realizzazione ticinese. Che il commercio appartenesse al diritto pubblico (cioè al diritto arbitrario del principe) non era in effetti una novità. Basti pensare alla sistematica proposta da Domat, che vede il diritto commerciale appunto come parte del diritto pubblico, non essendo assimilabile al diritto civile inteso – come lui fa – quale diritto naturale. Quella era certo una collocazione coerente a un'impronta generale di tipo mercantilista, ma anche in epoca napoleonica si era percepita chiaramente l'ambiguità della sistematica proposta dal codificatore francese per le norme che colpivano i comportamenti contrari alla concorrenza, e che erano state collocate (diversamente da quanto sarebbe stato fatto dal codificatore ticinese della restaurazione) in un contesto tutto volto alla tutela del privato proprietario»: R. FERRANTE, *Diritto penale dell'economia e codificazione ottocentesca*, cit., p. 273.

Non è questa la sede per prendere posizione su quella che, a torto o a ragione, è stata definita la grande dicotomia[15] (pubblico-privato)[16], né di ripercorrere il dibattito attorno alla grande distinzione sia sotto il profilo della dogmatica odierna sia sotto quello della ricostruzione storiografica[17]. Quel che mi pare condivisibile è, da una parte, la posizione di chi ha sottolineato la necessità di evitare di cadere nella tentazione di offrire come dato indubitabile l'aprioristica esigenza della *magna divisio* diritto pubblico-diritto privato[18] e, dall'altra, l'opinione di chi ha ritenuto sempre

[15] N. BOBBIO, *La grande dicotomia: pubblico/privato*, in *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino 1985$^4$, pp. 3-22. «Attraverso due commentatissimi passi del *Corpus iuris* [*Institutiones*, I, I, 4; *Digesto*, I, I, I, 2], che definiscono con identiche parole rispettivamente il diritto pubblico e il diritto privato – il primo 'quod ad statum rei romanae spectat', il secondo 'quod ad singulorum utilitatem' –, la coppia di termini pubblico/privato ha fatto il suo ingresso nella storia del pensiero politico e sociale dell'Occidente, quindi, attraverso un uso costante e continuo, senza sostanziali mutamenti, ha finito per diventare una di quelle 'grandi dicotomie' di cui una o più discipline, in questo caso non soltanto le discipline giuridiche ma anche quelle sociali e in genere storiche, si servono per delimitare, rappresentare, ordinare il proprio campo d'indagine, come, per restare nell'ambito delle scienze sociali, pace/guerra, democrazia/autocrazia, società/comunità, stato di natura/stato civile», *ibidem*, p. 3.

[16] N. BOBBIO, *La grande dicotomia*, cit., pp. 4-5. «Quali che siano l'origine della distinzione e il momento della sua nascita, la dicotomia classica fra diritto privato e diritto pubblico riflette la situazione di un gruppo sociale in cui è ormai avvenuta la differenziazione fra ciò che appartiene al gruppo in quanto tale, alla collettività, e ciò che appartiene ai singoli membri, o più in generale fra la società globale ed eventuali gruppi minori (come la famiglia), oppure ancora fra un potere centrale superiore e i poteri periferici inferiori che rispetto ad esso godono di una relativa autonomia, quando non ne dipendono totalmente. Di fatto alla originaria differenziazione fra il diritto pubblico e il privato si accompagna l'affermazione della supremazia del primo sul secondo, com'è attestato da uno dei princìpî fondamentali che reggono ogni ordinamento in cui vale la grande divisione, il principio secondo cui 'ius publicum privatorum pactis mutari non potest' [*Digesto*, 38, 2, I4] o 'privatorum conventio iuri publico non derogat' [*ibidem*, 45, 50, I7]».

[17] Non si può non rinviare almeno a F. CALASSO, *«Ius publicum» e «ius privatum» nel diritto comune classico* (1943), in «Annali di storia del diritto», 9, 1965, pp. 57-87; G. NOCERA, *Jus publicum (D. 2. 14. 38). Contributo alla ricostruzione storico-esegetica delle regulae iuris*, Roma 1946; G. NOCERA, voce *Privato e pubblico (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, 35, Milano 1986, pp. 615-660; P. CAPPELLINI, voce *Privato e pubblico (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, 35, Milano 1986, pp. 660-687; I. BIROCCHI, *La distinzione «ius publicum/ius privatum» nella dottrina della scuola culta (François Connan, Hugues Doneau, Louis Charondas Le Caron)*, in «Ius Commune», 23, 1996, pp. 139-176 (ivi bibliografia).

[18] Lo sottolinea Paolo Cappellini a proposito della nota ed autorevole trattazione del tema da parte di Salvatore Pugliatti (P. CAPPELLINI, *Privato e pubblico*, cit., p. 661): «Una prima 'tentazione' da evitare – anche, e a maggior ragione, s'essa corrispondesse alle nostre personali inclinazioni o se per paradossale coincidenza oggettiva i risultati storiografici

e comunque necessario risolvere il problema classificatorio della fattispecie sotto esame nel contesto di una prospettiva eminentemente storica e non scientifico-razionale[19]. Insomma, con le parole di Francesco Calasso: «Non esiste una dommatica staccata dal momento storico in cui venne pensata e, vorrei dire, sofferta: se esistesse, del resto, non avrebbe un interesse spirituale per noi»[20]. Impugnati, allora, gli arnesi dello storico e non quelli del teorico del diritto alla ricerca di (ingannevoli) certezze classificatorie metastoriche, non si può che immergere la problematica dei monopoli e della concorrenza così come tematizzata nella dottrina del diritto comune e in particolare nella singolare fonte qui presa in considerazione nel corrispondente contesto: vale a dire quello del dibattito della scienza giuridica medievale e della prima età moderna intorno alla distinzione diritto privato-diritto pubblico. Al di sotto di questo ombrello metodologico, si vedrà che i riferimenti certi ed inequivoci, almeno nel pensiero di Andrea Alciato (1492-1550), all'*utilitas publica* – quale valore e finalità direttamente fondante la «criminalizzazione» delle pratiche monopolistiche private –, da una parte, e al potere autoritativo – quale fonte della legittimità della deroga al *ius positivum* in materia di *monopolium principis* –, dall'altra, attraggono, per così dire, tutta la tematica nell'orbita di un «pubblico» quantunque consonante con una incontestabile visione ancora unitaria del diritto[21]. Calasso ha mostrato, in tutta la sua dinamica complessità, la maturazione di un'idea multiforme di *ius publicum* nel pensiero dei giuristi dell'epoca di quello che egli definì il diritto comune classico (XII-XV secolo)[22]: dal rigetto della *diversitas rerum* quale *ratio* della *magna divisio* diritto pubblico-diritto privato costruita attorno al noto testo ulpianeo sino all'equazione *ius publicum* = *ius commune* e, ancora, sino all'individuazione dell'*utilitas publica* quale criterio sostanziale e finalistico, in contrapposizione a quello meramente

che si venissero a profilare potessero sembrare eventualmente corroborarla – ci pare sia proprio quella a cui il medesimo Pugliatti non seppe o non volle sottrarsi: intendiamo alludere al non velato tentativo di predeterminare il senso dell'indagine in favore di una presa di posizione affermativa rispetto all'esigenza della distinzione ...».

[19] S. Pugliatti, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enciclopedia del diritto*, 12, Milano 1964, pp. 696-698 (cfr. P. Cappellini, *Privato e pubblico*, cit., p. 660).

[20] F. Calasso, *«Ius publicum» e «ius privatum»*, cit., p. 86.

[21] Concezione unitaria che si avverte con forza lungo una linea che va dalle critiche di Azzone al Piacentino sino all'insegnamento di Baldo degli Ubaldi; cfr. *ibidem*, pp. 64-65 e 84-85.

[22] *Ibidem*, pp. 62-63.

autoritativo, che delinea i confini del diritto pubblico[23]. Un criterio, quello dell'*utilitas publica*, che, anche quando sarà relativizzato per la sua intrinseca insufficienza «... a delimitare nella sua concretezza storica la fondamentale partizione del diritto obbiettivo»[24], rimarrà, comunque, pur in una visione unitaria del diritto, un valido punto di riferimento per distinguere, quanto meno sotto il metro quantitativo della prevalenza, *ius publicum* e *ius privatum*[25]. Con lo stesso Alciato, peraltro, e tralasciando il pur interessantissimo, discusso e multiforme sviluppo del dibattito nel contesto storico-culturale del cultismo[26], attraverso la delicata e complessa questione della derogabilità con patti privati del *ius publicum* emerge il valore della *utilitas publica*:

«A base del concetto di *ius publicum* sta, dunque, anche qui la *utilitas publica*, e, se si tenga conto delle distinzioni che Alciato formula nell'ambito di queste nozioni, non si può non dedurne che si tratta sempre fondamentalmente delle nozioni entro cui si muove il pensiero dei glossatori e dei commentatori»[27].

Ecco che, allora, il frammento di storia nel quale è calata questa ricerca sul tema della libera concorrenza e dei monopoli conferma la riconducibilità della materia entro una prospettiva marcatamente pubblicistica.

Se poi, abbandonate per un attimo le coordinate storiche e rivolti gli occhi al presente, ci si sposta verso un approccio, per così dire, vivente al «diritto della concorrenza», di questo ne vengono disvelati ancor più

[23] Come emerge nel pensiero di Azzone («... ius enim publicum dicitur utilitate et autoritate publica ...»); cfr. *ibidem*, pp. 71-72.

[24] *Ibidem*, p. 81. I. Birocchi, *Contratto e persona giuridica pubblica. Spigolature su «causa, communis utilitas» e diritto dei privati nell'età del diritto comune*, in *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica*, Atti del convegno, Napoli 1997, pp. 260-268, parlando di *utilitas publica* come di un concetto dal significato dinamico atto a giustificare l'intervento normativo, anche eccezionale, del *princeps*, sottolinea che «... anche nell'utilizzazione del concetto di *publica utilitas*, i confini tra privato e pubblico appaiono sfumati, nonostante gli sforzi di precisazione della dottrina civilistica. Nella considerazione del benessere comune, infatti, trova spazio anche il vantaggio privato, e non più solo secondo il senso usuale in voga presso i glossatori per il quale tutto ciò che appartiene all'utilità pubblica appartiene anche, secondariamente, agli interessi dei singoli», *ibidem*, pp. 265-266.

[25] Una strada che passa per le distinzioni di Bartolo in tema di *utilitas publica* e arriva alla meta con il pensiero unitarista di Baldo degli Ubaldi: cfr. F. Calasso, *«Ius publicum» e «ius privatum»*, cit., pp. 84-85.

[26] Su cui cfr. I. Birocchi, *La distinzione «ius publicum/ius privatum» nella dottrina della scuola culta*, cit.

[27] G. Nocera, *Jus publicum*, cit., p. 44.

i rilievi spiccatamente pubblicistici e, in definitiva, ne esce rafforzato l'interesse a ricostruirne storicamente alcuni profili per contribuire alla conoscenza dell'evoluzione del diritto e del potere pubblico. Si può infatti concordare con chi, individuando nel diritto della concorrenza il cuore del diritto economico contemporaneo[28] ed invocando un lavoro d'*équipe* tra privatisti e pubblicisti per la costruzione di un sistema del diritto dell'economia[29], qualifica, senza mezzi termini, il *droit de la concurrence* come diritto pubblico. In altre parole, nella regolazione della concorrenza, nell'intervento normativo e istituzionale contro le pratiche abusive, monopolistiche o comunque restrittive della concorrenza, la protezione dei soggetti che operano nel mercato come *competitors* non è affatto la prima e più importante finalità perseguita: al contrario, gli obiettivi, gli scopi sono di ordine generale, pubblico, d'*ordre public*, e riguardano il funzionamento del mercato sotto il profilo macroeconomico[30].

Ai nostri giorni, una spinta verso la pubblicizzazione del diritto della concorrenza è derivata, senza dubbio, dal processo di integrazione europea e, dunque, dalla necessaria riconsiderazione di tutta la materia del diritto pubblico dell'economia nella prospettiva del diritto comunitario: un diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea[31]. Uno dei

[28] G. FARJAT, *Pour un droit économique*, cit., p. 121: «... le droit de la concurrence est au coeur du droit économique contemporain. Il tient dans les économies capitalistes la place qu'occupait le Plan dans les économies socialistes» e p. 15: «Le droit économique est le droit d'un modèle économique: la concurrence. Cependant seule une analyse interdisciplinaire pourrait sans doute permettre d'en dire plus. Observation qui est encore plus fondée à l'égard des grandes questions du droit économique (telles la mondialisation, la culture, l'éthique)».

[29] *Ibidem*, p. 15: «L'une des conséquences de ces évolutions est qu'un travail cocrètement constructif sur le droit économique devrait émaner d'un travail d'équipe ... Même si l'évolution récente des sociétés développées et de celles qui aspirent à le devenir privilégie le droit privé ... l'analyse exigerait la partecipation de publicistes, spécialistes des phénomènes de pouvoir, puisq'aux pouvoirs publics s'ajoutent des pouvoirs privés économiques. Et les structures privées ne parviennent pas, ou elles parviennent insufissament, à prendre en compte l'intérêt général».

[30] *Ibidem*, pp. 122-123: «Le droit économique de la concurrence est né en raison de la perturbation du marché par des pouvoirs privés économiques. Son rôle est souvent d'*obliger les commerçants à se faire concurrence, ou à la subir*, notamment lorsque le milieu est fortement marqué par le corporatisme. Autrement dit, c'est un droit public. Il relève de l'ordre public. La protection des concurrents n'est vraiment pas la souci premier de ce droit-là; ce qui le préoccupe, en principe, c'est le fonctionnement macro-économique du marché. Les concurrents né bénéficient que d'une protection indirecte».

[31] Che è il titolo di un noto libro in materia: E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, Roma 1996.

motori dell'integrazione al fondamento della politica economica europea, ovvero «... uno dei pilastri dell'instaurazione del mercato comune ...»[32], è proprio il diritto della concorrenza: la sua rilevanza deriva direttamente dall'idea che è alla base dell'istituzione della Comunità Europea, vale a dire la strumentalità del progetto di integrazione economica rispetto al progressivo cammino verso l'unione politica[33].

Le conseguenze sotto il profilo della rilevanza pubblicistica del diritto della concorrenza sono testimoniate, dal punto di vista scientifico, dalle trattazioni della disciplina e delle problematiche, comunitarie e nazionali, della materia della concorrenza nell'ambito del diritto pubblico dell'economia[34]. In particolare, non sfugge il rilievo attribuito all'analisi degli artt. 85 e 86 del Trattato allora denominato della Comunità Economica Europea (oggi Unione Europea)[35], ai meccanismi di tutela della

[32] *Ibidem*, p. 123.

[33] M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 34: «Alla base dell'istituzione delle Comunità Europee vi è infatti il *funzionalismo economico* inteso come graduale integrazione delle economie finalizzata alla creazione di un'unione politica».

[34] *Ibidem*, pp. 34-44; E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia*, cit., in particolare pp. 123-133; G. DI PLINIO, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., pp. 388-400; A. CARULLO, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Padova 2005, pp. 75-99.

[35] Articolo 85 (oggi articolo 81 dopo il mutamento della numerazione introdotta, assieme ad altre modifiche, dal trattato 2 ottobre 1997 firmato ad Amsterdam, in vigore dal 1 maggio 1999): «1. Sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune ed in particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione, b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti, c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento, d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza, e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi. 2. Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto. 3. Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili: – a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese, – a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e – a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi, b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti

concorrenza e, non ultimo, alla disciplina nazionale (legge 10 ottobre 1990 n. 287[36] e Autorità garante della concorrenza e del mercato[37]). In un contesto nel quale ai modelli di intervento pubblico dell'economia di ispirazione keynesiana si sono sostituite le impostazioni liberiste delle teorie economiche neoclassiche, il mercato diviene il luogo delle regole piuttosto che dell'intervento diretto[38]: in altre parole,

> «Il passaggio dalla proprietà pubblica alla disciplina delle regole del mercato è quanto oggi pretende la nuova visione del diritto pubblico dell'economia. Con la privatizzazione si abbandona il concetto dell'intervento mediante la proprietà, per giungere alla equità del mercato attraverso le regole»[39].

In definitiva, sia l'ordinamento comunitario che quello nazionale, attraverso la disciplina diretta a tutelare e incentivare la libera concorrenza mediante il divieto e la sanzione di comportamenti e pratiche che falsano le condizioni di libero mercato – dagli accordi e pratiche diretti a impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza[40] allo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato[41], alle concentrazioni

di cui trattasi». Articolo 86 (oggi articolo 82): «È incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive possono consistere in particolare: a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque, b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori, c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza, d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi».

[36] Intitolata *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*.

[37] Istituita e disciplinata dagli artt. 10 ss. della legge n. 287/1990.

[38] Cfr. A. Carullo, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Padova 2005, p. 78.

[39] *Ibidem*, p. 84.

[40] G. Di Plinio, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 393: «... tali comportamenti vietati possono essere raggruppati in quattro fattispecie: a) La prima riguarda le *intese* restrittive della concorrenza, cioè qualsiasi tipo di accordo, o coordinamento ... tra l'azione di imprese, intenzionalmente rivolto a diminuire gli effetti della competizione sul mercato, come ad esempio: fissazione congiunta dei prezzi o divisione di aree di mercato, o anche mediante sistemi organizzativi stabili, come i cosiddetti cartelli (*trusts*)».

[41] *Ibidem*, p. 393: «Il secondo tipo di comportamento vietato è l'*abuso posizione dominante*; si noti che nessuna legge può impedire a una impresa di diventare migliore delle altre e di dominare il mercato; ciò che è vietato non è la posizione dominante, ma il suo

abusive[42] – svelano la strumentalità di una tale disciplina rispetto al perseguimento dell'interesse generale: una disciplina che è l'emblema del mantenimento di una regolamentazione pubblicistica nell'economia[43].

Si può affermare, dunque, che la trattazione, in una dimensione storica, dell'intervento pubblico anche sotto il mero il profilo della regolazione della libera concorrenza, ovvero della liceità-illiceità di pratiche (anche solo tendenzialemente) monopolistiche o comunque distorsive della concorrenza medesima, può essere riportata alla finalità di contribuire al disegno dell'evoluzione dei poteri pubblici di fronte al fatto economico: e, in questo disegno, il passaggio dal medioevo alla modernità è utile da attraversare per scoprire una linea che, nel solco di una continuità evolutiva, mostra indubbi segni di collegamento tra repressione delle pratiche monopolistiche private, da un lato, e teorizzazione della liceità del *monopolium principis*, dall'altro.

Monopolio e concorrenza sono le due facce della medesima medaglia: la piena ed assoluta libera concorrenza è un mito. Da sempre, chiunque abbia operato e operi sul mercato ha teso e tende naturalmente ad acquisire una posizione monopolistica, riducendo o annullando la concorrenza, per assicurarsi entità e durevolezza nel tempo dei profitti. Gli strumenti sono i più disparati: dall'accaparramento, alle intese (cartelli o sindacati), sia orizzontali che verticali, dirette a influire sulle condizioni di mercato (i prezzi in primo luogo), alle concentrazioni (mediante fusioni o acquisizioni). Una volta consolidatasi la posizione monopolistica, vi è e vi sarà sempre chi intende entrare in quel mercato e far ripartire il gioco della concorrenza. «Nella realtà economica monopolio e concorrenza

*abuso*, che è situazione non sempre facile da dimostrare. I principali esempi di abuso dominante riguardano l'imposizione di prezzi ovvero condizioni particolarmente gravose per i consumatori e comportamenti volti ad ostacolare l'accesso di altri sul mercato».

[42] *Ibidem*, pp. 393-394: «Altra fattispecie è quella delle *concentrazioni.* Una operazione di concentrazione è piuttosto semplice da immaginare perché ha un aspetto strutturale (può essere una fusione di imprese, o risolversi nella scalata al pacchetto azionario di controllo di una società), che non può essere vietata in sé ma solo quando si risolve in una procedura effettivamente tesa a creare le condizioni per falsare la concorrenza: sotto questo profilo, la concentrazione può essere prodromica alla acquisizione di una posizione dominante. Rispetto alle concentrazioni la normativa antitrust stabilisce a carico delle imprese l'obbligo *di preventiva comunicazione* al Garante delle operazioni di concentrazioni che superano un certo livello finanziario ... Sulla base della notifica l'Autorità garante valuta l'operazione e può vietarla, salvo poi a rimuovere il divieto qualora la struttura dell'operazione fosse modificata in modo da eliminare gli aspetti distorsivi e di violazione della concorrenza».

[43] Cfr. A. CARULLO, *Lezioni di diritto*, cit., pp. 87-88.

non sono concetti assoluti né antitetici e si può ben dire che finora la vita economica non sia stata mai regolata dall'uno o dall'altro principio esclusivamente, ma da una combinazione di entrambi. Perciò si rivelano egualmente fuori dalla realtà e i sostenitori della concorrenza, illimitata, assoluta, sovranamente benefica, e i denigratori della concorrenza, distruggitrice, sfruttatrice, inumana. Che altro è la concorrenza se non corsa al monopolio? E fino a quando può il monopolista sfruttare la sua posizione prima che risorga la concorrenza? Il motto proudoniano: «La concorrenza ammazza la concorrenza», è esatto in quanto sta a significare che la concorrenza, spinta ai suoi estremi, porta al monopolio dei sopravvissuti. Ma la vicenda non si arresta qui. Quando i sopravvissuti vorranno comportarsi da arbitri assoluti del mercato, vedranno risorgere i concorrenti»[44]. Insomma, monopolio e concorrenza sono i poli di un meccanismo circolare, intorno al quale il potere pubblico è sempre stato chiamato a svolgere una fondamentale funzione nell'interesse generale. Interesse generale di volta in volta individuato, a seconda delle epoche storiche e del prevalere delle forze e delle ragioni di politica economica perseguite, o nella mera astensione da ogni intervento, o nella regolazione tesa ad evitare abusi (via via differentemente individuati) ovvero nella drastica eliminazione di porzioni di mercato dall'iniziativa economica privata (monopoli legali o fiscali).

Vi sono studî che hanno analizzato, ora in prospettiva storica[45] ora in chiave di discussione teorica, la tematica dei monopoli, dei cartelli o sindacati o *Kartelle*, dei *Konzerne*[46] e dei *trusts*. Vasta è, ad esempio, la letteratura

[44] F. VITO, *I sindacati industriali. Cartelli e gruppi*, Milano 1930, p. 186.

[45] R. PIOTROWSKI, *Cartels and Trusts. Their Origin and Historical Development from the Economic and Legal Aspects*, London 1933; N. HERLITZKA, *Note storiche sui cartelli ed i monopoli*, Bologna 1943; cfr. anche A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero Romano alla codificazione*, II/2: P. DEL GIUDICE (ed), *Storia del diritto pubblico e delle fonti*, Torino 1898$^2$, pp. 373-381; R. FERRANTE, *Diritto penale dell'economia e codificazione ottocentesca*, cit., pp. 272-276.

[46] «I 'Konzerns' sono costituiti da una unione di produttori, che non solo hanno stabilito determinati accordi per la produzione, le vendite, i prezzi, ma sono anche strettamente legati tanto per ciò che riguarda i capitali, quanto le persone, con scambio di azioni, di obbligazioni, di Direttori ed amministratori. Essi comprendono non solo imprese concorrenti sullo stesso piano (orizzontali), ma anche imprese complementari, dalle materie prime al prodotto finito (verticali). Queste organizzazioni sono molto simili ai 'Trust americani', per quanto esse non riposino su di un 'Board of Trustees', ma su di una 'Holding Co.' che in Germania è chiamata: 'Halte und Kontrollgesellschaft'. La stessa concorrenza che aveva condotto alla costituzione dei Cartelli e dei Trust ha prodotto i 'Konzerns'»: N. HERLITZKA, *Note storiche*, cit., p. 7.

che, a partire dall'ultimo ventennio del XIX secolo, ha studiato i c.d. sindacati industriali diffusisi in Europa e negli Stati Uniti. Si è discusso della natura, limitativa o meno della concorrenza, di tali forme di intese tra imprenditori: alla base di tale discussione vi furono le antitetiche posizioni tra chi, come l'economista Maffeo Pantaleoni (1857-1924)[47], era arrivato a sostenere che i moderni sindacati industriali avessero unicamente lo scopo di raggiungere l'ottimizzazione della dimensione aziendale in relazione ai costi di produzione senza provocare alcun restringimento della concorrenza[48] e chi invece riteneva esservi sempre – così un altro economista, Achille Loria (1857-1943)[49] – o quasi sempre, in detti sindacati, o cartelli o *trusts*, un intento di limitazione della concorrenza[50]. Conobbero pratiche monopolistiche i Fenici[51] e gli

[47] M. PANTALEONI, *Alcune osservazioni sui sindacati e sulle leghe*, in M. PANTALEONI, *Erotemi di economia*, 2 voll., Bari 1925, II, pp. 251-345.

[48] Cfr. a questo proposito l'opinione dell'illustre economista Vilfredo Pareto (1848-1923): «I moderni sindacati hanno due scopi principali, cioè: 1.° Dare alle imprese la mole che corrisponde al minimo costo di produzione ... Il Pantaleoni aggiunge, come scopi, il legare insieme imprese connesse e riunirle in un complesso economico. E non si può negare che ciò qualche volta accada, ma, per ora almeno, è molto secondario di fronte all'altro scopo, che è quello di cui ci rimane da discorrere. 2.° Sottrarsi in parte od in tutto alla pressione della libera concorrenza. In sostanza, quest'ultimo scopo difficilmente manca, soltanto è spesso nascosto»: V. PARETO, *Manuale di economia politica* (1906), ed. critica Milano 2006, p. 331.

[49] A. LORIA, *Corso di economia politica*, Torino 1964, pp. 481-486.

[50] Per la letteratura italiana (ove sono ampi i riferimenti a quella straniera), cfr. F. FLORA, *I sindacati industriali (Trusts)*, Torino 1900; E. COSSA, *I sindacati industriali*, Milano 1901; C. CASSOLA, *I sindacati industriali (cartelli, pools, trusts)*, Bari 1905; F. VITO, *I sindacati*, cit. (*ibidem*, pp. 4-5 e nota 5, ulteriori riferimenti bibliografici, tra cui anche una nota a sentenza di L. BARASSI, *Note alla sentenza della Corte d'Appello di Napoli 2 luglio 1900*, in «Il Foro Italiano», 26, 1901, 1, coll. 564-577). Una vasta e densa discussione sulla natura dei cartelli e dei *trusts*, sulla tendenza monopolistica degli stessi e sulla continuità del fenomeno monopolistico nella storia si legge nelle pagine introduttive di R. PIOTROWSKI, *Cartels and Trusts*, cit., pp. 11-86. Una disamina, in prospettiva economica, della letteratura italiana e straniera di fine Ottocento sul tema dei sindacati industriali si può leggere in D. PARISI, *Tecnologia e dinamica del sistema: i sindacati industriali nel pensiero economico italiano di fine Ottocento*, in *Innovazione e sviluppo. Tecnologia e organizzazione fra teoria economica e ricerca storica (secoli XVI-XX)*, Atti del convegno, Bologna 1996, in particolare pp. 558-562.

[51] «Some thousand years before Christ the institution of monopolies was already known in commercial dealings of the Phoenicians, the first merchants recorded in history. There existed, as Professor Movers proved, in this first cradle of trade many monopolies, particulary the corn monopoly, the exclusive manufacture and sale of Tyrian dye, the monopoly of the extraction and sale of precious metals, and other rights reserved for the kings and their nobles. The towns of Phoenicia, in particular Carthage, maintained during whole

Ebrei[52], se ne ebbe sicura esperienza in Egitto[53], in Grecia[54] e in India[55]. Nell'antica Roma i monopoli vennero vietati espressamente e severamente

centuries their monopolistic position owing to the cartel contracts with the neighbours protecting their markets against Greek competition. These agreements had at the same time excluded competition between the contracting parties themselves by strict division of the markets, exactly as is done by the district cartels to-day»: R. PIOTROWSKI, *Cartels and Trusts*, cit., p. 87; cfr. N. HERLITZKA, *Note storiche*, cit., p. 9.

[52] «Jewish Kings reserved for themselves the balm and date trades. King Solomon secured monopolies of a number of goods; he had his own merchants who transferred their total profits into the royal treasury, for which they received daily remunerations. Similary Arabian kings monopolized the trade of imported ointments»: R. PIOTROWSKI, *Cartels and Trusts*, cit., p. 88; cfr. N. HERLITZKA, *Note storiche*, cit., p. 9.

[53] «In the papyri are extant proofs that private monopolies existed among manufacturers of wool and cloth in ancient Egypt»: R. PIOTROWSKI, *Cartels and Trusts*, cit., p. 88; cfr. N. HERLITZKA, *Note storiche*, cit., p. 9.

[54] Cfr. R. PIOTROWSKI, *Cartels and Trusts*, cit., pp. 91-95. «We learn of the excercise monopolies in ancient Greece, both by private enterprise and the State, from the writings of Aristotle in the first instance, and then from other sources which have been compiled by Professor Edward Meyer, the renowned investigator of the economic life of antiquity», *ibidem*, p. 91. «Due esempi di Aristotele sono specialmente interessanti: Un banchiere di Siracusa, adoperando tutto il denaro depositato presso di lui, aveva comperato tutto il ferro prodotto nell'Isola di Sicilia. Divenuto così padrone del mercato, e libero da ogni concorrenza, potè fissare i prezzi a suo grado ... In base però alle leggi greche, che combattevano e punivano ogni monopolio, egli fu bandito e la sua sostanza sequestrata. Un altro esempio è quello ben noto di Talete di Milesio, il Filosofo: Tutti lo prendevano in giro per la sua povertà ed egli volle provare che un filosofo quando vuole, può arricchirsi molto facilmente. In base ai suoi calcoli previde una abbondante raccolta di olio d'uliva, allora comperò tutti i torchi esistenti a Milete ed a Chio, e li rivendè poi ad alto prezzo durante la stagione»: N. HERLITZKA, *Note storiche*, cit., p. 10. Aristotele parla anche di pratiche monopolistiche messe in atto dall'autorità pubblica: «Aristotle further states that many countries employed this art as a subsidiary source to cover their expenses, and made the sale of certain commodities a monopoly ... When writing about monopolies brought into operation by the State, Aristotle had in mind not only legal monopolies of the State, but also, and perhaps in particular, private monopolies *de facto*, as assumed by private monopolists ... he describes the precepts of Pytocles the Athenian. According to the latter, the State had to buy up from private persons the whole stock of lead at markets prices, and afterwards sell it at three times price», R. PIOTROWSKI, *Cartels and Trusts*, cit., pp. 93-94; a questo proposito cfr. anche F. FORTE, *Storia del pensiero dell'economia pubblica*, 2 voll., Milano 1999, I: *Il pensiero antico greco romano cristiano*, pp. 86-87, che sottolinea (*ibidem*, p. 87) come lo stagirita, pur inserendo la propria riflessione sui monopoli nell'ambito della critica contro la artificiosa moltiplicazione dei lucri prodotti dallo scambio, ritenga utile per lo stato ricorrere alla vendita in monopolio allo scopo di procurarsi le risorse necessarie ai suoi fini.

[55] «Negli antichissimi Codici indiani, alcuni secoli prima di Cristo, si possono leggere disposizioni di questo genere: 'Quando mercanti di certi prodotti si accordano fra di loro

puniti[56]. E, ancora, i fenomeni di concentrazione e di monopolio non sono venuti meno durante il medioevo e nell'età moderna[57] e, ovviamente,

e aumentano i prezzi di questi prodotti, o peggiorano appositamente la qualità degli stessi, allora viene applicata contro di essi la più alta 'Sahas busse' (pena pecuniaria)'. Quando i mercanti si mettono d'accordo, e sottraggono una merce al mercato, richiedendone un prezzo esorbitante, o la vendono a prezzo esorbitante, allora la punizione da applicarsi è la più alta 'Sahasa-busse'»: N. HERLITZKA, *Note storiche* ..., p. 9; cfr. R. PIOTROWSKI, *Cartels and Trusts*, cit., pp. 89-90.

[56] Nel settore della vendita delle derrate alimentari, e del grano in specie, i fenomeni monopolistici privati, sopratutto nelle forme tendenti al condizionamento dei prezzi (cartelli, accaparramento etc.), erano diffusi sol che si pensi alla normativa in materia (*Dig.* 48.12.2 e *Dig.* 47.11.6.1), per non parlare dell'editto *de pretiis rerum venalium* di Diocleziano del 301 («The Edict enumerated by way of example as special cases: the complicity for the desire of gain in the 'greedy' practices of the person buying up the merchandise, concealment of foodstuffs, and the artificial bringing about of their scarcity [monopolies]»: R. PIOTROWSKI, *Cartels and Trusts*, cit., p. 110). Al 483 risale, poi, una importantissima costituzione imperiale di Zenone che punì severamente ogni genere di monopolio e decretò anche la fine di ogni privilegio vietando che concentrazioni e pratiche monopolistiche potessero avvenire per concessione sovrana. La costituzione si legge nel *Codice di Giustiniano* nel titolo *de monopoliis et de conventu negotiatorum illicito vel artificum ergolaborumque nec non balneatorum prohibitis illicitisque pactionibus* [*Cod.* 4.59.2(1)]. Cfr. R. PIOTROWSKI, *Cartels and Trusts*, cit., pp. 96-117.

[57] Basti pensare, per fare qualche esempio, al monopolio del sale (noto il cartello del 1301 tra Filippo il Bello e Carlo II d'Angiò), dell'attività creditizia (si pensi al cartello, stretto intorno al 1316, tra le case dei Bardi, Peruzzi e Acciaiuoli cui si aggiunse nel 1330 quella dei Bonaccorsi) o dell'allume (si rammenti quello del 1470 tra papa Paolo II e Ferdinando re di Napoli) ovvero alla normativa antimonopolistica contenuta in molti statuti comunali italiani (Firenze, Pisa, Siena, Montefeltro, Teramo, Bologna, Milano, Parma etc.) e diffusa anche in Francia (diverse le *ordonnances* a partire da quella di Filippo IV il Bello del 1305), Germania (ad esempio le *Polizeiverordnungen* di Norimberga del XIII e XIV secolo e le norme statutarie di Colonia del 1348) e Inghilterra (già sulla base della *Magna Charta* ogni sorta di monopolio era da considerarsi antigiuridico in quanto lesivo della libertà dell'individuo); cfr. R. PIOTROWSKI, *Cartels and Trusts*, cit., pp. 131-175; R. DE ROOVER, *La doctrine scolastique en matière de monopole et son application à la politique économique des communes italiennes*, in *Studi in onore di Amintore Fanfani*, 6 voll., I: *Antichità e Alto Medioevo*, Milano 1962, pp. 167-179; N. HERLITZKA, *Note storiche*, cit., pp. 13-18. La normativa antimonopolistica era del resto funzionale anche alla politica economica di molti comuni medievali italiani finalizzata alla disponibilità di abbondanza di viveri a buon mercato (nota a Firenze l'istituzione del cosidetto «Ufficio dell'Abbondanza»): cfr. R. DE ROOVER, *La doctrine scolastique en matière de monopole*, cit., pp. 167-171. Dal XVI secolo in poi il processo di concentrazione monopolistica si sviluppò via via sempre di più così come, del pari, aumentò e si diffuse con sempre maggiore intensità la produzione di norme antimonopolistiche, evidentemente non molto efficaci. Dalla normativa emanata dal *Reichstag* di Treviri e Colonia del 1512 a quelle di Norimberga (1522), Spira (1529) e Augusta (1530 e 1532) ad altre ancora dei territori tedeschi, dalle *ordonnances* francesi di Francesco I (1531, 1539 e 1544) e di Luigi XIV

perdurano nel mondo contemporaneo: la storia, insomma, ci presenta innumerevoli esempi di monopoli pubblici[58] e di pratiche monopolistiche

(1676) alla legislazione inglese di Edoardo VI (1548 e 1552) e Giacomo I (1623). Come si diceva, il processo di concetranzione monopolistica crebbe senza sosta di pari passo con lo sviluppo del commercio e della produzione: i maggiori rischi di impresa causati dall'aumento della concorrenza determinavano, evidentemente, la necessità di crescita dimensionale dei *competitors* finalizzata alla formazione di monopoli. Non mancarono interventi legislativi protezionistici (come quello di Enrico VIII del 1533) che giunsero sino all'attribuzione di speciali facilitazioni in favore di alcune imprese e, addirittura, alla concessione avente ad oggetto la possibilità di esercitare attività in monopolio: il tutto allo scopo di aumentare il gettito dell'erario. Si distinsero, in questa direzione, gli imperatori Massimiliano I, Carlo V e Ferdinando I. Importanti furono i cartelli del rame, del mercurio, dell'argento, del pepe etc. Nel XVII e XVIII secolo si moltiplicarono, in Inghilterra, le concessioni in favore delle Compagnie destinate ai traffici commerciali con le colonie ed i privilegi per l'industria inglese, soprattutto del settore minerario (noto quello attribuito nel 1600 dalla regina Elisabetta al cartello del carbone di Newcastle-on-Tyne costituito alla fine del '500: il privilegio, avversato dalla pubblica opinione, venne abolito nel 1679). Anche nel XVIII secolo, e finanche dopo la Rivoluzione francese, le tendenze commerciali ed industriali verso il monopolio non si interruppero, nonostante l'affievolirsi o lo spegnersi delle concessioni e dei privilegi e la ripresa della legislazione antimonopolistica, culminata nella redazione dell'art. 419 del *Code pénal* francese del 1810. Cfr. R. PIOTROWSKI, *Cartels and Trusts*, cit., pp. 176-362; N. HERLITZKA, *Note storiche*, cit., pp. 18-25.

[58] In età moderna, in Italia, al fine «... di aumentare il più possibile i proventi senza ricorrere direttamente alle imposte, s'accrebbe assai il numero de' generi di monopolio, e vi si compresero, più o meno generalmente nei diversi stati italiani, le carte da gioco, le gazzette, i calendari, gli avvisi al pubblico, le coltri funebri, il ghiaccio e la neve, il ferro nuovo e vecchio, gli stracci, l'osso di balena e i giunchi marini, la pesca del tonno, la filatura della seta, la fonditura e raffinatura dell'oro, i lavori d'oro e d'argento falso, il diritto di macello, quello della fabbricazione e dello smercio del pan venale, la introduzione del seme dei bachi da seta, dell'indaco, dello zafferano, del pepe e dello zucchero, dei limoni e degli aranci e in Piemonte perfino quella dei cavoli fiori delle riviere, la fabbrica e vendita del sapone, dei vetri sani e rotti, di cialde e ciambelle, dell'olio di semi di lino, dell'acquavite e dei rosoli, delle candele di sego, della carta, dei berretti, calze e guanti, in Lombardia anche degli zolfanelli e delle scatole e a Napoli dello spago, delle cordelle e della stoppia impeciata, la cera ed il mele, e quindi il diritto di tener api; il diritto di raccogliere la manna; il diritto di vendere castagne, di tenere bottega da caffè e d'altre bevande calde, e così pure quello di vendere vino al minuto. E, per tacere dell'allume, del vitriolo, dello zolfo, del salnitro, della polvere, del piombo per armi da fuoco e delle corde da archibugio, divenne monopolio nel corso del secolo decimo settimo, eziandio la coltivazione, la manifattura e il traffico del tabacco ... Anche la facoltà di dar pubblici giochi e spettacoli di giocolieri, saltimbanchi e simili costituiva una privativa. Dicasi lo stesso della autorizzazione di tener case di giuoco, e di quella d'aprir lotterie o, come diceasi, il *partito della fortuna*, cosa che si trova praticata ripetutamente a Milano per conto del governo nel corso del secolo decimoquinto, e quindi anhce in altri stati. Ma l'attuale giuoco del *lotto*, che venne a costituire una fonte di rendita per lo Stato, ignoto prima di questo periodo, sorse a Genova al principio del secolo decimo sesto dalle scommesse che

private, di interventi normativi repressivi ovvero incentivanti. La storia dei monopoli, potremmo dire, è vecchia quanto il mondo:

«Ebbene, mi spiace disingannarvi, ma il fenomeno dei Cartelli, o meglio il fenomeno rappresentato da uomini che cercano di accaparrarsi determinate merci o determinati beni, è vecchio quanto la storia dell'umanità, e se dovessimo in una galleria di quadri rappresentare i principali personaggi che hanno avuto una grande parte nella costituzione dei Cartelli, accanto ai moderni Capitani d'industrie in tight o stiffelius vedremmo mercanti Fenici e Greci, commercianti dell'Italia e di Roma, Re e Principi, Birrai tedeschi del medioevo e Industriali inglesi della lana e del cotone del secolo scorso, e perfino ... Papi!»[59].

E la storia ci offre anche posizioni dottrinali, riflessioni di filosofi[60], teologi, politici[61] e giuristi e, da un certo momento in avanti, di economisti[62]

si facevano sulle elezioni al senato, cioè sui nomi che sarebbero usciti dalle borse; chè colà, come a Venezia, era comune l'uso di scommettere sulle elezioni, e vi si giocavano di grosse somme con non piccolo danno delle private fortune ... Il lotto, come gli altri monopoli e tutte le rendite indirette, era generalmente dato in appalto al maggior offerente; e gli appaltatori arricchivano smodatamente elevando i prezzi e, nei monopoli, dando merce cattiva ed adulterata»: A. PERTILE, *Storia del diritto pubblico*, cit., pp. 373-379.

[59] N. HERLITZKA, *Note storiche*, cit., p. 5.

[60] Come Aristotele: dei suoi esempi in tema di monopolio e della sua tesi circa la liceità dei monopoli pubblici si è già detto; cfr. *supra*, nota 54.

[61] Giusto per fare un esempio non troppo lontano, si può rammentare l'emblematica posizione di Lenin sul futuro sviluppo del capitalismo: «Questo sviluppo mostra le seguenti 5 tendenze enumerate da Lenin: 1) concentrazione della produzione e del capitale tale da creare monopoli; 2) fusione del capitale bancario col capitale industriale sulla base del 'capitale finanziario' nelle imprese, per cui i capitalisti si dissociano dai tecnici dirigenti delle imprese e gli investimenti assumono sempre più l'aspetto finanziario, anziché produttivo; 3) esportazione del capitale; 4) formazione di monopoli capitalistici internazionali che si dividono il mondo; 5) divisione territoriale di tutto il mondo fra le grandi Potenze capitalistiche»; J. GRIZIOTTI KRETSCHMANN, *Storia delle dottrine economiche*, Torino 1949, p. 424.

[62] Per averne qualche esempio è sufficiente sfogliare la manualistica di storia delle dottrine economiche. Il mercantilista Antoine de Montchrétien (1576-1621) sostenne che «... il commercio deve essere esercitato bene, devono essere evitate le frodi ed i monopoli, mentre è necessario che le merci siano vendute ad un prezzo giusto pur lasciando un dovuto margine al commerciante, perché 'senza desiderio di guadagnare' i commercianti non si esporrebbero a tante 'incomodità per terra e tanti naufragi sul mare'»: J. GRIZIOTTI KRETSCHMANN, *Storia*, cit., p. 65; «... Senior [*1790-1863*, scuola classica inglese] considera ... il profitto come una rimunerazione per il sacrificio del capitalista che consiste nell'astinenza dal consumo del capitale. Nella libera concorrenza il costo di produzione comprende la rimunerazione del lavoro e quella del capitale. Ma dove esiste il monopolio vi è un margine fra il valore del bene ed il suo costo di produzione e questo margine, *surplus value*, è indipendente dal lavoro e dall'astinenza ed è dovuto a vantaggi differenziali di cui gode il capitalista, o il monopolista», *ibidem*, p. 148. «Nella sua opera 'Qu'est ce que la propriété', che fu pubblicata nel 1840 e fece grande rumore ... Proudhon [*1809-1865*, socialista-

intorno alla delicatissima materia dei monopoli: delicatissima in quanto sullo sfondo della stessa si scorgono interessi fondamentali di una comunità. Il problema del giusto prezzo delle merci e, ancor più, della sopravvivenza e dello sviluppo: in sostanza, uno dei fili della trama essenziale alla tenuta della coesione sociale. Ecco perché, in definitiva, le tematiche della libera concorrenza, delle pratiche monopolistiche private e dei monopoli legali o fiscali non sono separati né separabili: li tiene uniti l'interesse generale che muove l'autorità pubblica ad intervenire.

Non mi addentrerò ulteriormente, in questo contributo, in una disamina storica della casistica o della dottrina in materia di monopoli né in una analitica ricostruzione delle vicende normative tra medioevo ed età moderna di cui, peraltro, è stato posto in rilievo il filo di inequivocabile continuità[63]: continuità che, addirittura, si è voluta scorgere non solo nel

utopista] alla domanda posta risponde: 'la propriété c'est le vol' ... Soltanto il lavoro può giustificare la proprietà, ed i proprietari che non lavorano si appropriano il lavoro altrui. Questo *droit d'aubaine* prende la forma di: rendite, rendite fondiarie, affitti, commercio con profitti ingiusti, interessi sui capitali, aggio, sconto, ogni privilegio e monopoli, premi ed ogni genere di benefici», *ibidem*, pp. 190-191. «Genovesi [*1712-1769*], che è uno dei più illustri mercantilisti italiani e protezionista nel campo industriale, si rivela però liberista in agricoltura. Egli propone infatti l'abolizione delle leggi annonarie e il libero commercio del grano per fare dell'agricoltura una fonte di ricchezza. Per incoraggiare la coltivazione occorre togliere tutte le restrizioni e i 'diritti proibitivi', cioè i monopoli legali», *ibidem*, p. 221. «Patten [*1852-1922*, economista statunitense] mise in evidenza l'importanza della teoria del consumo e considerò il monopolio come essenziale all'equilibrio del mercato nel caso di un aumento dei consumi superiore all'aumento della capacità produttiva. La dimensione del monopolio sarà indicata dalla naturale eccedenza della domanda sull'offerta», *ibidem*, p. 332. Per Veblen [1857-1929, economista statunitense] «Gli uomini d'affari si inseriscono ... comprano e vendono, sicché l'intero sistema è dominato dal meccanismo dei prezzi. Ma l'uomo d'affari ha di mira sempre il monopolio, e quindi il profitto dell'uomo d'affari nasce dall'interruzione della libera corrente degli affari economici. Lo sforzo dell'impresa è di tendere a tanti monopoli quanti siano possibili, in modo da assicurarsi i profitti più elevati a detrimento dell'interesse collettivo e a spese del consumatore, perché ne risulta una diminuzione dell'efficienza del sistema e una riduzione del volume dei beni materiali a disposizione della collettività», *ibidem*, p. 348. «Pigou [*1877-1959*, economista inglese e allievo di Alfred Marshall] ... ritiene che, sotto il libero gioco delle forze economiche e degli egoismi individuali nel regime della libera concorrenza, si può realizzare l'armonia fra gli interessi privati e quelli sociali. Però in alcuni casi l'*optimum* sociale non può essere raggiunto, come, per es., nelle condizioni di rendimento non proporzionale, nelle fluttuazioni industriali, nell'ineguale distribuzione delle fortune. In questi casi Pigou è favorevole all'intervento statale ... Nei casi eccezionali lo Stato può inoltre intervenire nella produzione, controllando i monopoli e passando alla gestione diretta dei monopoli assoluti», *ibidem*, p. 379.

[63] Com'è stato affermato, infatti, le manifestazioni monopolistiche, sviluppatesi assieme al sorgere di qualsiasi genere di competizione economica, possono mutare aspetto e forme

rapporto tra cartelli antichi, corporazioni medievali e cartelli moderni ma anche tra la normativa repressiva, in chiave antimonopolistica, delle «fratellanze» tra lavoratori – perseguite, ad esempio a nella Firenze del XIV secolo[64] – e le moderne legislazioni ostili ai sindacati operai:

«On a eu tort de croire que cette attitude si hostile aux syndicats ouvriers avait son origine dans le libéralisme d'Adam Smith ou le rationalisme du XVIIIe siècle. En réalité, comme la législation florentine en témoigne, il s'agit d'une doctrine qui remonte bien plus haut et qui a son origine dans les écrits des scolastiques et les statuts des communes italiennes du moyen âge»[65].

In coda a questa, condivisibile, tesi della continuità, fondata sul significato e sulle manifestazioni delle pratiche monopolistiche, della concorrenza e della relativa regolamentazione nelle varie epoche storiche, si può affermare, per quel che qui rileva e per avvicinarci alla fonte che ci interessa, che il pensiero giuridico basso-medioevale, in larga parte influenzato dai principi giuridici di marca romanistica, e quello della prima età moderna abbiano consegnato alla contemporaneità un lascito importante che ancora

con il mutare, anche improvviso e rapido, della vita economica, ma è sempre evidente il legame tra passato e presente anche nella regolamentazione del fenomeno: «... the cartel or trust law has always regulated the same struggle for existence, and therefore it is as old as this struggle. The present anti-cartel or anti-trust provisions do not differ substantially fro those which we find in the old Indian codes some centuries before our era or later in the Roman law; it was merely the *formal* side of these enactments that had changed correspondingly with the changing forms of organization of this monopoly movement and the changing administration of economic social life. Here and there, similary as to-day, a change took place in the attitude of the State, but always towards *the same* economic phenomenon»: R. Piotrowski, *Cartels and Trusts*, cit., pp. 85-86. Ancora Piotrowski (*ibidem*, pp. 143-144) sottolinea come alla definizione di monopolio di Edward Coke, fondata sui principi di *common law*, a propria volta applicativi di quelli della legislazione antimonopolistica di diritto romano, e finanche sulla normativa contenuta nella *Magna Charta* del 1215, si sia riferita addirittura la Corte Suprema degli Stati Uniti nella famosa sentenza del 1911 contro il cartello monopolistico della Standard Oil Company: «What a magnificent and clear proof of the continuation of the old monopoly organizations in the modern trusts and cartels!», *ibidem*, p. 144.

[64] «La législation contre les monopoles venait à point pour prévenir la formation de syndicats ouvriers et châtier le meneurs de façon exemplaire. Dans ce cas, le tribunaux florentins procédaient avec la dernière rigueur et n'hésitaient pas à décréter la peine capitale. Ainsi en 1345, le cardeur Ciuto Brandini fu exécuté pour avoir organisé une fraternité (*fratellanza*) parmi les cardeurs et peigneurs de laine. Dans l'acte d'accusation, le malheureux nous est décrit comme un homme de mauvaise vie, graveleux dans ses propos, qui, mû par un esprit diabolique, avait incité ses camarades à former une 'congrégation' illicite, violant les lois contre les monopoles, menaçant le droit de propriété et troublant l'ordre et la paix»: R. De Roover, *La doctrine scolastique en matière de monopole*, cit., p. 178.

[65] *Ibidem*, p. 179.

permea la cultura giuridica e la normazione europea e non solo europea in materia di monopolio. La normativa e la dottrina antimonopolistica, statuente l'illiceità del monopolio in tutte le sue forme (*crimen monopolii*), da una parte, ed il concetto di *utilitas publica*, di interesse generale, attorno al quale ruota sia l'illiceità del monopolio sia, al contrario, la legittimità delle concessioni ovvero delle dirette gestioni monopolistiche da parte del potere pubblico, dall'altra, sembrano trovare maturazione proprio nel contesto storico a cavallo tra medioevo ed età moderna.

I giuristi medievali del XII, XIII e XIV secolo non trascurarono affatto la materia dei monopoli. Dal Piacentino (... 1135-1192) ad Azzone († dopo 1229-1230?), da Accursio († ca. 1260) ad Odofredo († 1265), da Bartolo († 1357) ad Alberico da Rosciate († 1360) e a Baldo degli Ubaldi († 1400), soltanto per fare alcuni esempi: la voce dei *doctores*, insomma, si fece sentire, soprattutto per denunciare il malcostume diffuso, la frequente e quasi incorreggibile condotta di mercanti ed artigiani finalizzata a creare cartelli e protezioni corporative di vario genere a detrimento della libera concorrenza e, dunque, dell'interesse di acquirenti e committenti.

Il Piacentino, commentando i divieti codicistici in materia di monopolio[66], sottolineò la necessità che lo scambio negoziale si esplicasse, almeno di regola, in assenza di obblighi a contrarre e in modo che il prezzo fosse la risultante dell'incontro tra volontà di domanda e di offerta[67] e liberista convinto, condannnando le ricorrenti pratiche monopolistiche[68], si dichiarò Azzone[69].

[66] PLACENTINI *Summa Codicis*, Moguntiae 1536 (rist. anast. Torino 1962), pp. 186-187, *ad Cod.* 4.59, in particolare p. 186: «... Prohibet Imperator Zeno nequis monopolium audeat exercere, vel in vestibus, vel in piscibus, vel in quibuscunque speciebus».

[67] «... sicut enim vendere et emere nemo cogitur regulariter, sic nec alio pretio nisi eo pretio, quo velit vendere vel emere»: PLACENTINI *Summa Codicis*, cit., p. 186, *ad Cod.* 4.59.

[68] «... sed et supponit specialiter de quibusdam prohibitis: puta ne exerceant monopolium idest singularem negotiationem, quod tunc accidit cum inter se paciscuntur ne aliquem instruant in arte sua nisi filios vel nepotes vel cum aliquo modo per pactum id facere nituntur, ut soli commodum alicuius artis vel negociationis sentiant ... Prohibetur et illud pactum quod in se faciunt vendentes vel negociatores ne nisi pretio certo vendant. Item in balneatoribus si conveniant ne aliter balneent quam ea mercede quam statuerint. Idemque et in locatoribus rerum vel operarum suarum: maxime in scriptoribus si paciscantur ne opus ab altero inchoatum alius consummat»: AZONIS *Summa Aurea*, Lugduni 1546, c. 81va, *ad Cod.* 4.59. Sul pensiero azzoniano in tema di concorrenza e monopolio cfr. anche F. FORTE, *Storia del pensiero*, cit., II: *Dal Medio Evo al Mercantilismo*, pp. 166-167.

[69] «Debet igitur esse cuiuslibet libera facultas in emendo et in vendendo vel locando et conducendo et circa pretium, et circa mercedem»: AZONIS *Summa Aurea*, cit., c. 81*va*, *ad Cod.* 4.59.

Accursio[70], Odofredo, Bartolo da Sassoferrato e Alberico da Rosciate[71] furono testimoni del loro tempo: cartelli di prezzo ed accordi monopolistici di varia natura atti a mortificare la concorrenza erano, a loro dire, frequenti e rappresentavano, in sostanza, una malapianta che nemmeno la giusta normativa codicistica era riuscita ad estirpare.

Ancora, tuttavia, non emerge la considerazione dell'interesse pubblico, dell'*utilitas publica* quale *ratio* fondante della disciplina in materia: sia

[70] *Cod.* 4.59.2 (1), glossa *ad v.* «implere»: «Contra hanc artifices faciunt in multis locis». Per il testo della glossa ho utilizzato l'edizione lionese del 1546.

[71] ODOFREDUS, *Lectura super Codice*, 2 voll., Lugduni 1552, I (rist. anast. in *Opera Iuridica Rariora*, V.1, Bologna 1968), c. 255*vb*, *ad Cod.* 4.59: «Monopolium describitur. Signori, licet homines hodie mali sint, tamen retro non fuerunt omnes sancti. Olim fiebant monopolia in civitatibus, id est mercatores et scriptores facebant talia pacta, quod nullus vendat brachium panni nisi pro .x. sol. vel nullus scribat quaternum pro minori precio .x. sol. Unde supradictum est de emptionibus et venditionibus faciendis, et quia causa vendendi fiebant monopolia et conspirationes prohibite causa emendi et vendendi. Et est conspiratio dum dicunt mercatores, si aliquis vult emere a vobis, non detur ei nisi pro tanto ...» e *ad Cod.* 4.59.2(1): «Monopolia prohibita sunt: maxime inter artifices, vendentes, et ementes. Iubemus. Segnori, l. ista videbitis per vos, et ista lex bona est si bene servaretur: sed non bene servatur in civitate ista nec alibi, quia tanta est potentia regum et subditorum, quod istas leges servant tantum verbis, sed non factis. Et de hoc benedictus sit dominus Deus noster. Et in l. ista dicitur, quod omnes negotiatores artifices et alii operarii sive sint venditores, sive emptores, non debent facere monopolia: et specialiter prohibetur tale monopolium. Nam ita ordinaverunt muratores in civitate ista, quod si aliquis inchoat opus meum et non facit mihi quod promisit, et expellam eum, non invenirem aliquem qui ibi poneret manum. Imperator prohibet ista fieri sub pena capitis, et primates professionum si patiantur hoc fieri, debent pati penam quinquaginta librarum auri. Officiales iudicum si dissimulant hoc fieri, puniuntur quinquaginta libris auri. Or segnori, not. quod contra l. istam faciunt omnes salarelii, et tricoli, et muratores, et magistri de lignamine, et quasi omnes artifices, quod graviter Bonon. potestati et suis iudicibus est ferendum: nec velit Deus quod mihi contingat». BARTOLI A SAXOFERRATO *In primam Codicis partem*, Venetiis 1615, c. 155*va*, *ad Cod.* 4.59.2(1): «Iubemus. Nota hanc legem contra istos artifices, qui inter se faciunt istas conventiones, quia eam vidi practicari». ALBERICI DE ROSATE *Commentarii in secundam Codicis partem*, Venetiis 1586 (rist. anast. in *Opera Iuridica Rariora*, XXVII, Bologna 1979), c. 156*rb-va*, *ad Cod.* 4.59: «Utilis est et bene expositus, et omnia verba rubricae per Az. in Sum. eod. [*Cod.* 4.59]. Collegia tamen et societates artium clandestine [clandestinae *text.*] saepe faciunt contra hunc titulum, et universitates rusticorum, contra cives habentes possessiones in eorum territorio, sicut vidi de facto fieri per quandam communitate, quae ordinabat, quod nullus debet dare damnum tali civi in possessionibus suis, sub poena sol. x. quo ordinamento, omnes vicini intelligebant, quod nullus debebat ei laborare, nec iuvamen aliquod praestare, quia sic clam praeordinaverant inter eos in fraudem huius tituli, qui tamen male servat<ur>, et tamen utile esset civitatibus servari, quod quasi impossibile est propter potentiam societatum et collegiorum, nisi ex toto dissolverentur, et improbarentur, quod utile crederem ...».

in termini di illiceità delle pratiche monopolistiche sia di legittimità di imposizioni autoritative limitanti la libera concorrenza o, addirittura, istituenti concessioni monopolistiche in favore di soggetti pubblici o concessionari privati. Questa riflessione comincia a prender corpo soltanto nel pensiero di Baldo degli Ubaldi, è evocata da Bartolomeo Sozzini (1436-1506) e trova più ampia e compiuta forma nell'insegnamento di Andrea Alciato.

L'illustre maestro perugino, disegnando il quadro normativo entro una cornice ancora chiaramente unitaria del diritto (pubblico-privato), riaffermò l'illiceità degli accordi monopolistici tra imprenditori (mercanti, *mechanici*, *fabri*, *artifices*, *scriptores* etc.) e, tuttavia, individuò una sfera nella quale l'agire economico in monopolio o comunque in condizioni di limitata libertà di concorrezza fosse da considerarsi pienamente legittimo. Le convenzioni, i cartelli monopolistici tra privati sono da considerarsi sempre illeciti. Ma vi è un'eccezione: vale a dire, quando essi siano il frutto di una statuizione *totius civitatis* ovvero *habita authoritate a Republica*. In tal caso, l'intervento del potere pubblico rende legittimo l'esercizio in monopolio ovvero con modalità comunque lesive della libera concorrenza. Baldo sembra voler andare ancora più a fondo nella questione laddove, pur nella formulazione di un esempio piuttosto particolare, egli richiede che l'intervento pubblico determinante una qualsiasi forma (corporativa) limitativa della concorrenza sia mosso dalla necessità di tutela del *bonum publicum*: se i Guelfi si fanno promotori di ordinamenti contro i Ghibellini – egli afferma – vi sarà un monopolio (illecito) se le ragioni risiedono nella volontà di usurpare un interesse privato, mentre così non sarà se tali ordinamenti sono creati *propter bonum publicum*[72].

[72] BALDI UBALDI PERUSINI *Commentaria. In quartum et quintum Codicis lib.*, Venetiis 1572, c. 154*va-b*, *ad Cod.* 4.59.2(1): «... Not. quod non valet statutum, vel conventio quod non vendatur, vel ematur frumentum nisi certo pretio [pacto *text.*], et idem in aliis rebus venalibus. Not. quod mechanici, vel fabri non possunt inter se statuere [statueve *text.*], vel pacisci quod de laborerio unius non intromittat se alter. Et idem de scriptoribus [praescriptoribus *text.*]: si tamen tota civitas statueret, hoc bene valeret de iure. Idem si artifices statuerent habita authoritate a Republica ... Sed quid si Guelphi faciunt ordinamenta contra Gibellinos, an dicatur monopolium? Resp. aut faciunt usurpationem alicuius privati commodi, et est monopolium, ut hic, aut propter bonum publicum, et tunc secus. In dubio autem praesumitur contra conspiratores qui se pactis constringunt, ut hic, et debent expelli de civitate, et bona eorum publicari, ut hic. Sed quid si intrinseci faciunt ordinamenta contra expulsos? Respon. si sunt iuste expulsi et poenam merentur, non est monopolium, secus si iniuste, et tunc confinia quae assignantur eis, possunt sperni coram iusto praetore, ut hic in ver. data licentia. Dicet aliquis, quod totus populus hoc facit, respon. populus decipitur, et a conspiratoribus saepe fallitur ...».

Il pensiero di Baldo, peraltro espressamente citato, confluisce in un parere di Bartolomeo Sozzini che, a proposito di un caso di imposizione monopolistica circa l'uso di un mulino, distingue significativamente tra il perseguimento, da parte dell'autorità statuente, del bene pubblico (*publicum subditorum commodum*) o, al contrario, di un *privatum commodum* (l'utile economico dell'esercizio in monopolio). Nel primo caso la statuizione di qualsivoglia autorità «pubblica» sembra potersi considerare rispettosa della normativa antimonopolistica (*Cod.* 4.59); nella seconda ipotesi, invece, l'imposizione di un monopolio sarà legittima soltanto se proveniente da autorità *superiorem non recognoscens*[73].

Vi è, come già anticipato, un *consilium* di Andrea Alciato di indubbio interesse, e non soltanto per i principi che esprime in materia di monopoli. La fattispecie oggetto della riflessione dell'illustre umanista è semplice nella sua dinamica fattuale, quanto complessa per i suoi risvolti di natura giuridica. Si tratta, in verità, di questo: un procuratore regio aveva venduto ad alcuni mercanti una certa quantità (evidentemente notevole) di spezie ad un certo prezzo, con l'impegno del *procurator*, al fine di favorire le vendite ed il pofitto dei mercanti medesimi, di non cedere ad altri per tutto l'anno 1540 spezie della stessa natura al di sotto di un certo prezzo e di pagare una certa penale in caso di violazione del patto. Il *procurator* nel mese di ottobre del 1539 stipulò, con altri mercanti, un contratto preliminare, con il quale si impegnava a vendere dopo il mese di dicembre dello stesso anno (e dunque nel 1540) una gran quantità della merce oggetto del *pactum* a condizioni economiche che, evidentemente, violavano quest'ultimo. L'astuzia contrattuale, vale a dire il ricorso all'utilizzo di un preliminare di vendita in data antecedente al periodo 'proibito', poteva in effetti far assumere alla stipula della vendita definitiva nel corso del 1540 le vesti del mero adempimento dell'obbligazione del *pactum de contrahendo* sorta antecedentemente al periodo di divieto, così escludendo la possibilità di applicazione della penale. Tuttavia il giurista milanese ritenne, nonostante i sostenibili argomenti contrari, che la *ratio* del patto limitativo della libertà contrattuale del *procurator* a favore dei primi mercanti acquirenti giustificasse l'estensione del divieto concordato,

[73] *Consiliorum seu potius Responsorum* MARIANI SOCINI *ac* BARTHOLOMAEI *filii Senensium*, 4 voll., Venetiis 1571, II, cons. CCLXXII, c. 166*vb*, nn. 6-8: «Nam disponere, quod tantum ad unum molendinum ipsius statuentis iri possit: item statuere hoc non ad publicum subditorum commodum, sed ad suum privatum commodum, est monopolium, et non potest fieri nisi a statuentibus non recognoscentibus superiorem, ut haec probantur in l. unica et ibi Bald. C. de monop<oliis> [*Cod.* 4.59.2(1)], qui dicit ista statuta tantum fieri a non recognoscentibus superiorem ...».

e dunque l'applicazione della penale in caso di violazione del *pactum*, anche all'ipotesi della stipula di una promessa di vendita.

Ma il succo di questo responso sta, per quel che qui interessa, nella riflessione successiva, ove l'Alciato[74] si interroga sulla possibilità per i

[74] *Responsa* ANDREAE ALCIATI, Frankfurt a.M. 2005 (Nachdruck von: ALCIATUS, ANDREAS, *Responsa*, Lyon 1561), Respons. CXVII, cc. 100*r*-101*v*. Ne riporto, di seguito, alcune parti: «Pacti verba, et conventionis sunt, *Quae emptio facta est hac conditione, quod si in Indico horreo vendantur suprascriptae species aromatum, per totum annum M.D.XL. ad tempus, vel praesente pecunia, minore pretio, quam consuetum sit in dicto horreo, vel alibi per procuratorem Regium, vel per alium habentem causam ab eo minore pretio xxvi. grossorum in libras, sive minus sit pecunia, sive tempore, sive conditione, unde dictae species minore pretio censeantur, quod teneatur procurator remittere tres grossos in libram, idque observetur bona fide, et absque dolo malo, etc.* Contigit, quod dictus procurator mense Octobris, M.D.XXXIX. fecit conventionem cum quibusdam aliis mercatoribus, et se obligavit, quod post mensem Decembrem venderet magnam summam aromatum, et vice mutua mercatores illi se obligaverunt, quod emerent pretiis, et conditionibus certis, de quibus apparet per publicum documentum, etc. Quaeritur, an conveniri possit ad relaxationem dictorum trium grossorum. Et difficultatem facit, quia verba conditionis sunt, *Si vendantur aliquae species minore pretio, etc.* verum ipsi non vendiderunt, sed simpliciter promiserunt vendere: differt autem plurimum promissio de vendendo ab ipsa venditione ... Sed his, et similibus non obstantibus, puto contrariam opinionem in casu nostro veriorem esse: et praemitto, quod ratio istius pacti fuit, ut possent emptores melius vendere emptas species, et pretium sustinere ad maiorem sui utilitatem: quae ratio militat non solum, ne interim fiat alia venditio, sed etiam ne fiat pactum de vendendo, cum enim ex tali pacto certificentur alii fore, ut post lapsum mensis Decembris habeatur species viliore pretio, non ement ab ipsis primis mercatoribus, ut de se patet. Hincque infertur committi poenam illorum trium grossorum debere, secundum formam conventionis, idque pluribus rationibus ... et ex iis apparet nihil obstare, quae supra in contrarium adducta sunt: quia licet aliud sit venditio, aliud pactum de vendendo, tamen dispositio de uno loquens de alio quoque intelligitur. Primo, si subsit [subsint *text.*] eadem ratio. Secundo si alias suspicio fraudis adsit. Tertio, si non solum adsit promissio de vendendo, sed etiam vice mutua intervenerit promissio emendi cum certificatione pretii in contractu principis propter exuberantem bonam fidem quae in eo requiritur. Et haec omnia salvo semper saniore iudicio. Caeterum post redditum consilium movetur alia difficultas: quia non videntur dicti mercatores posse agere suprascripto pacto tanquam continente monopolium, quo casu tale pactum est nullum, l. i. C. de monopo<liis> [*Cod.* 4.59.2(1)] et ex eo non datur actio, aut exceptio, l. Non dubium C. de legib<us> [*Cod.* 1.14.5], quid enim non possit species alteri vendi intra certum tempus et non minori pretio sapit naturam monopolii, et est contra publicam utilitatem, ut de se patet, et in mandato generali, quod facit serenissimus Rex procuratoribus suis non videtur comprehendi haec facultas paciscendi tali modo ... et quia in mandato generali non continentur illicita, aut prohibita, aut quae contra publicam utilitatem sint ... Sed iis tamen non obstantibus puto omnino servandum esse suprascriptum pactum seu conventionem. Primo, quia remissio illa mercedis seu pretii trium grossorum concepta in casum conditionaliter, si vendantur merces, etc. non videtur quicquam pertinere ad monopolium, sed est conceptum in casum futuri eventus, qui cum evenerit debet locus esse remissioni ... Secundo, quia etiam si

primi mercanti di agire sulla base di un patto «tamquam continente monopolium» e, dunque, teoricamente nullo a norma di legge. In effetti, egli ragiona, il divieto di vendere per un certo periodo di tempo al di sotto di un determinato prezzo, «sapit naturam monopolii»; costituisce, in altre parole, una sorta di cartello di prezzo lesivo della concorrenza e, dunque, contrario alla *utilitas publica*. Né si può intendere che nel mandato regio ai suoi procuratori vi possa rientrare una tale *facultas paciscendi*, soprattutto perché illecita e contraria, appunto, alla pubblica utilità. Ma anche sotto questo aspetto, Alciato prende una singolare posizione a sostegno della validità del patto. Per varie ragioni. Innanzitutto, perché si tratta di convenzione condizionale: vale a dire che in essa non si prevede *sic et simpliciter* il divieto di vendere al di sotto di un certo prezzo, ma si condiziona il pagamento di una certa penale al caso, eventuale, di vendita in violazione del cartello di prezzo. Poi per motivi legati alla *probitas contrahentium* (i procuratori). E soprattutto perché, con tutta probabilità, il *rex* era a conoscenza del patto e, dunque, non può certo sostenersi che lo stesso *fecisse monopolium*: infatti, il divieto codicistico (*Cod.* 4.59) delle pratiche monopolistiche va limitato alle convenzioni tra mercanti («in mercatoribus inferioribus inter se paciscentibus») e non a quelle stipulate con il principe ovvero suoi amministratori («non autem cum principe, seu eius actoribus»). La disciplina legislativa in materia di monopoli, in altre parole, è da considerarsi *iuris positivi* e, dunque, derogabile sulla base di un «privilegium principis aut communitatum, et etiam per praescriptionem». In sostanza, tralasciando le ulteriori argomentazioni che qui non rilevano, quella *utilitas publica* che fonda il divieto delle pratiche monopolistiche fa emergere con tutta evidenza la rilevanza pubblica della disciplina del mercato; legittima l'intervento regolatore pubblico per garantire la libera

suprascripta ratio sit dubia tamen in casu nostro propter qualitatem procuratorum est tenenda qui verisimiliter non abstrahentur quo minus vendantur, neque adducantur ut velint monopolium facere, ne incidant in solutionem dictorum iii. grossorum. Unde cessat ratio prohibitionis hoc casu, et quod alias esset prohibitum propter praesumptam probitatem contrahentium est observandum ... Tertio, quia cum serenissimus Rex esset in civitate et praesens et verisimiliter habuerit notitiam huius contractus non potest allegari eum fecisse monopolium: tum quia d. l. unica C. de monopol<iis> [*Cod.* 4.59.2(1)] loquitur in mercatoribus inferioribus inter se paciscentibus, non autem cum principe, seu eius actoribus: quia dicta lex est iuris positivi et potest ei derogari per privilegium principis et communitatum, et etiam per praescriptionem, ut est text. in c. Significante extra de appellat<ionibus> [*X.* 2.28.69]. Et quod istud sit verum apparet etiam: quia sunt alii casus quibus reditus principum consistunt in monopoliis, et tamen tales reditus sunt approbati a lege, sicut est reditus salinarum, quod est monopolium principis, l. Si quis C. de vectigal<ibus> [*Cod.* 4.61.11] et piscariarum, et metallorum, l. Inter publica in fin. ubi dixi ff. de verb<orum> signif<icatione> [*Dig.* 50.16.17] ...».

concorrenza; giustifica coerentemente alle finalità del sistema le attività monopolistiche autorizzate ovvero direttamente gestite dai pubblici poteri. L'affermazione non è solo di principio ma trova conferma nell'esistenza di attività economiche esercitate direttamente dal *princeps* in regime di monopolio («alii casus quibus reditus principum consistunt in monopoliis, et tamen tales reditus sunt approbati a lege, sicut est reditus salinarum, quod est monopolium principis»).

Il pensiero di Alciato appare straordinariamente proiettato verso l'affermazione di un moderno che lega la sua sostanza anche alla costruzione della categoria politico-giuridica del pubblico (*utilitas publica*, pubblici poteri): nel segno di una continuità evolutiva i cui anelli di congiunzione si ritrovano chiaramente negli insegnamenti di Baldo degli Ubaldi e di Bartolomeo Sozzini, esce definitivamente dal prevalente circuito sapienziale medievale che univa la trattazione della materia dei monopoli ad una visione del mercato con gli occhi del mercante, del produttore e dell'acquirente (e in definitiva, della disciplina delle relazioni intersoggettive) in chiave dichiaratamente liberista, per dirigersi verso nuovi approdi di cui, peraltro, si gioverà anche la scienza giuridica successiva. Giacomo Menochio (1532-1607), ad esempio, avvalendosi delle citate autorità di Baldo, Bartolomeo Sozzini, Tiberio Deciani ed Alciato, scrisse nel 1569 che la costituzione imperiale *contra monopolia* non potesse trovar applicazione nei confronti del *princeps* che obblighi i sudditi ad acquistare ad un prezzo sottratto al gioco della domanda e dell'offerta merci come il frumento, l'olio, il sale ed altre ancora o che, più in generale, eserciti un monopolio[75]. E Sigismondo Scaccia (1564-1634), nel suo *Tractatus de commerciis et cambio* risalente al 1619, escluse dalla sfera dell'illiceità, definendoli molto utili alla *respublica*, quei monopoli che, introdotti «auctoritate Principis sive Reipublicae», traggono la loro ragion d'essere nella giusta causa riposta nella volontà della legge[76]. Ed ancora, a dire del

[75] IACOBI MENOCHII *De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis*, Coloniae 1630, *casus* 569, p. 981*b*: «Caeterum lex haec lata contra eos, qui monopolia conficiunt, locum non habet adversus Principem, qui compellit subditos certo pretio emere frumentum, vinum, oleum, salem et similia ipsius Principis, cum sit lex iuris positivi, qua princeps non ligatur. Ita in specie respondit Alciat. *in resp. 117 n. 20 versicul. tertio quia cum sereniss.* secundum impressionem antiquam Lugdunensem. Crediderim rectius dici posse, principem et si monopolium exercet, non tamen eius legem, quam monopolia conficiantur valere, sicut post Bald. scribit Socin. *in cons. 272 n. 7 et 8 in fi.* et Decian. *in d. c. 2. n. 5*».

[76] SIGISMUNDI SCACCIAE *Tractatus de commerciis et cambio*, Venetiis 1669, § I, q. VII, par. III, Limit. X, p. 277*b*, n. 15: «Sublimita primo eandem limitationem, extensam *sup. nu.* 12, ut non procedat in monopolio, auctoritate Principis, sive Reipublicae contracto, quia sicut monopolia de quibus in limitatione et extensionibus, privata auctoritate, contracta,

giurista seicentesco Brunnemann, a parte la rammentata posizione della dottrina circa la legittimità del monopolio istituito per arricchire le casse dell'erario, una urgente *utilitas publica* consente alla pubblica autorità (*ex publica authoritate*) di concedere ad uno ovvero a pochi la negoziazione di talune merci, vale a dire di introdurre un regime di monopolio o di oligopolio per alcuni specifici settori del mercato[77].

In definitiva, sia l'illiceità delle pratiche limitative della concorrenza, sia, al contrario, la legittimità del *monopolium principis*, sono ricondotte, nel passaggio verso la modernità, all'interno della medesima sfera concettuale e riportate all'unico motore di politica del diritto: quello che misura, sempre e comunque, la disciplina del mercato con le ragioni della pubblica utilità, del bene pubblico e, in ultima istanza, con il dispiegarsi dei poteri pubblici. La regolamentazione della concorrenza in ogni direzione protesa, verso il liberismo più spinto ovvero verso il diretto e penetrante interventismo 'statale', è comunque materia di indubbia natura pubblicistica.

Ritornando, in conclusione, al tema della grande dicotomia pubblico-privato, prendo a prestito le parole di Norberto Bobbio per ribadire che

> «Nonostante il secolare dibattito, provocato dalla varietà di criteri in base ai quali è stata giustificata, o si è creduto di poter giustificare, la divisione delle due sfere, il criterio fondamentale resta quello dei diversi soggetti cui si può riferire la nozione generale di *utilitas* ...»[78].

In questo senso, allora, il «dominio» dell'*utilitas publica* quale *ratio* fondante della disciplina del *crimen monopolii* e del *monopolium principis* dimostra la giustezza della collocazione sistematica della regolamentazione della concorrenza nell'ampia sfera di competenza del (diritto e del potere) pubblico.

Reipublicae perniciosa sunt ita haec, quae legis auctoritate ex iusta contrahuntur causa, Reipublicae valde utilia sunt ...».

[77] JOHANNIS BRUNNEMANNI *Commentarius in Codicem Justinianeum*, Coloniae 1771, p. 411*a*, *ad Cod.* 4.59.2(1): «Interdum vero publica utilitate urgente, ex publica authoritate paucis negotiatio certarum mercium concedi potest, puta si Respublica mercibus indigeat, nec sit, qui ob ingentem laborem, aut impensas maiores, aut pericula eas apportare velit, tunc licitum erit, consideratis circumstantiis, et taxato modico pretio, tale privilegium uni vel paucis concedere».

[78] N. BOBBIO, *La grande dicotomia*, cit., p. 5.

*Résumé*

ÖFFENTLICHE GEWALT UND FREIE KONKURRENZ. DER WERT DER «UTILITAS PUBLICA» IM «CRIMEN MONOPOLII» UND IM «MONOPOLIUM PRINCIPIS» IN EINEM «CONSILIUM» VON ANDREA ALCIATO

Auf einer Tagung, auf der das Verständnis von Recht und öffentlicher Organisation am Übergang vom mittelalterlichen universalistischen Partikularismus zur Moderne diskutiert wird, von freier Konkurrenz, Monopolen und Marktregulierung zu sprechen, hat angesichts des gewählten Blickwinkels durchaus Sinn: es geht hier nicht um den der Unternehmer sondern um jenen der öffentlichen Gewalt und deren praktische beziehungsweise erwünschte Eingriffe. Eine historische Untersuchung des öffentlichen Eingriffs auch unter dem Profil der Regulierung der freien Konkurrenz allein, oder der Zulässigkeit/Unzulässigkeit monopolistischer oder zumindest konkurrenzverzerrender Praktiken, kann zu einem Überblick über die Entwicklung der öffentlichen Gewalt gegenüber der Wirtschaft beitragen: in diesem Entwurf ist es nützlich, den Übergang vom Mittelalter zur Moderne zu überqueren, um den Zusammenhang zwischen der Repression privater monopolistischer Praktiken einerseits und der Theoretisierung der Zulässigkeit des *monopolium principis* andererseits aufzudecken.

In der Antike waren den Phöniziern und Juden monopolistische Praktiken bekannt und in Ägypten, Griechenland und Indien hatte man mit Sicherheit Erfahrung mit ihnen. In Rom waren Monopole zwar ausdrücklich verboten und wurden schwer bestraft, aber im Lebensmittelhandel, an erster Stelle beim Getreidehandel, waren private monopolistische Phänomene besonders in Form von Preiskonditionierungen (Kartelle, Aufkäufe usw.) weit verbreitet. Man denke nur an die beiden Texte Ulpians *Dig.* 48.12.2 und *Dig.* 47.11.6.1 und das Edikt *de pretiis rerum venalium* von Diokletian aus dem Jahr 301; aus dem Jahr 483 stammt dann eine wichtige kaiserliche Konstitution von Zeno [*Cod.* 4.59.2(1)], die jede Art von Monopol streng bestrafte, das Ende aller Privilegien festsetzte und das Zustandekommen von Konzentrationen und monopolistische Praktiken auf herrschaftliche Konzession verbat.

Die Konzentrations- und Monopolerscheinungen nahmen in Mittelalter und in der Frühneuzeit nicht ab, und natürlich gibt es sie auch in der Gegenwart: die Geschichte liefert zahlreiche Beispiele öffentlicher Monopole und privater monopolistischer Praktiken, repressiver oder anregender normativer Eingriffe.

Durch die Geschichte der Monopole und durch die Konkurrenz zwischen Mittelalter und Neuzeit zieht sich wie ein roter Faden eine gewisse Kontinuität: eine Kontinuität, die man nicht nur in der Beziehung unter antiken Kartellen, mittelalterlichen Zünften und modernen Kartellen erkennen wollte, sondern auch zwischen der repressiven antimonopolistischen Gesetzgebung, den «Arbeitervereinigungen» – die beispielsweise im Florenz des 14. Jahrhunderts verfolgt wurden – und zu der modernen gewerkschaftsfeindlichen Gesetzgebung. Am Rande dieser durchaus vertretbaren Kontinuitätsthese kann (bezüglich dessen, was sich hier abzeichnet und um uns der Quelle näher zu bringen, die uns interessiert) behauptet werden, dass das zu einem Großteil von den juristischen Prinzipien romanistischer Prägung beeinflusste spätmittelalterliche und frühneuzeitliche juristische Denken der Gegenwart einen wichtigen Nachlass vermacht hat; dieser durchdringt nach wie vor die europäische und außereuropäische Rechtskultur und Gesetzgebung in Sachen Monopolhandhabung. Die antimonopolistische Gesetzgebung und die Lehre, die die Unrechtmäßigkeit des Monopols in all seinen Formen festsetzen (*'crimen' monopolii*), einerseits, und der Begriff der *utilitas publica*, um welchen einerseits sowohl die Unzulässigkeit des Monopols und andererseits im Gegensatz dazu die Zulässigkeit von Zugeständnissen oder besser von direkten monopolistischen Praktiken seitens der öffentlichen Gewalt kreisen, scheinen im historischen Kontext am Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit auszureifen.

Die mittelalterlichen Juristen des 12., 13. und 14. Jahrhunderts vernachlässigten Monopole keineswegs. Die *doctores* prangerten die verbreitete Unsitte an: nämlich das schwer auszumerzende Verhalten von Kaufleuten und Handwerkern, Kartelle und korporative Schutzmechanismen verschiedenster Art zum Schaden des freien Wettbewerbs und folglich zum Schaden von Käufern und Auftraggebern einzurichten. Piacentino kommentierte die Verbote im Kodex in Sachen Monopole und forderte Verkaufsverhandlungen – zumindest im Regelfall – ohne Kaufzwang, so dass der Preis das Ergebnis von Nachfrage und überzeugtem freien Angebot sei. Azo erklärte sich unter Verurteilung der wiederkehrenden monopolistischen Praktiken zum Liberalisten. Accursius, Odofredus, Bartolus de Saxoferrato und Alberico von Rosciate waren Kinder ihrer Zeit: Preiskartelle und monopolistische Absprachen verschiedenster Art zur Ausschaltung der Konkurrenz waren ihrer Meinung nach häufig und im Grunde genommen ein Unkraut, das nicht einmal die normierende Gesetzgebung des Kodex ausmerzen konnte. Dennoch wird die Berücksichtigung des öffentlichen Interesses – die *utilitas publica* als Gründungs*ratio* der Disziplin – in dieser

Angelegenheit noch nicht deutlich: weder in Anbetracht der Gesetzeswidrigkeit monopolistischer Praktiken noch angesichts der Rechtmäßigkeit den freien Wettbewerb einschränkender autoritativer Maßnahmen oder gar monopolistischer Zugeständnisse zugunsten öffentlicher Subjekte oder privater Konzessionäre. Diese Reflexion nimmt erst bei Baldus de Ubaldis Gestalt an, wurde von Bartolomeo Sozzini aufgegriffen und fand erst in der Lehre von Andrea Alciato breitgefächerte und vollständige Form. Der berühmte Meister aus Perugia entwickelte ein normatives Bild in einem noch eindeutig einheitlichen (öffentlich-privaten) Rechtsrahmen, bestätigte erneut die Unrechtmäßigkeit von monopolistischen Absprachen unter Unternehmern, machte aber eine Sphäre aus, in der das wirtschaftliche Handeln im Monopol oder zumindest unter Bedingungen eingeschränkter Konkurrenz als voll und ganz legitim galt. Absprachen und monopolistische Kartelle zwischen Privatpersonen seien immer gesetzeswidrig. Es gibt aber eine Ausnahme: und zwar, wenn solche Absprachen das Ergebnis einer Bestimmung *totius civitatis* oder *habita authoritate a Republica* sind. In diesem Fall macht das Eingreifen der öffentlichen Gewalt die Monopolausübung legitim. Baldus scheint in der Frage noch weiter gehen zu wollen, wenn er verlangt, dass das öffentliche Eingreifen, das irgendeine die Konkurrenz einschränkende (genossenschaftliche) Form mit sich brachte, von der Notwendigkeit ausgehe, das *bonum publicum* zu schützen. Die Meinung Baldus' wird in ein Gutachten von Bartolomeo Sozzini aufgenommen, der in einem Fall von Monopolzwang an einer Mühle eindeutig zwischen der Verfolgung des Gemeinwohls durch eine Regierungsautorität und einem *privatum commodum* (dem wirtschaftichen Vorteil der aus einem Monopol entsteht) unterschiedet. Im ersten Fall scheint die Festsetzung irgendeiner «öffentlichen» Autorität zur Einhaltung der antimonopolistische Gesetzgebung auszureichen (*Cod.* 4.59); im zweiten Fall hingegen, wird die Auferlegung eines Monopols legitim, wenn sie von einer Autorität stammt, die *superiorem non recognoscens.*

Es gibt – wie schon gesagt – ein *consilium* von Andrea Alciato, das nicht nur hinsichtlich seiner Grundsätze in Sachen Monopole interessant ist. Der Gegenstand der Reflexionen des berühmten Humanisten ist ebenso einfach in seiner tatsächlichen Dynamik wie komplex aufgrund seiner Kehrseite juristischer Natur. Es handelt sich in Wirklichkeit um folgendes: ein königlicher *procurator* hatte einigen Händlern zu einem gewissen Preis eine bestimmte Menge an Gewürzen verkauft und sich verpflichtet – um die Verkäufe und den Profit derselben Händler zu begünstigen – das gesamte Jahr 1540 hindurch keine Gewürze derselben Sorte unter einem gewissen Preis an andere zu verkaufen und im Falle von

Zuwiderhandlung ein gewisses Strafgeld zu zahlen. Der *procurator* setzte im Monat Oktober 1539 mit anderen Händlern einen Vorverkaufsvertrag auf, in dem er sich verpflichtete nach dem Monat Dezember desselben Jahres (also im Verlauf des Jahres 1540) eine große Menge an Waren, die Gegenstand des *pactum* war, zu wirtschaftlichen Bedingungen zu verkaufen, die anscheinend letzteren verletzten. Das Verhandlungsgeschick, also die Verwendung eines Vorverkaufsvertrags mit einem vorverlegtem Datum vor dem «verbotenen» Zeitraum, konnte in der Tat dem Abschluss des endgültigen Verkaufs im Verlauf des Jahres 1540 den Anschein einer einfachen Erfüllung der Verpflichtung des *pactum de contrahendo* verleihen, der vor dem Verbotszeitraum entstanden war, und so die vertraglich festgesetzte Strafe umging. Dennoch meinte der Mailänder Jurist, dass die *ratio* des Abkommens, das die Vertragsfreiheit einschränkte, die Auferlegung des Strafgeldes auch angesichts der Annahme des Abschlusses eines Verkaufsversprechens rechtfertige. Aber der Kern dieses Bescheids liegt für uns in der darauffolgenden Reflexion, wo Alciato die Möglichkeit der ersten Händler untersucht, auf der Grundlage eines Abkommens *tamquam continente monopolium* zu handeln, das somit zumindest laut Gesetz theoretisch ungültig ist. Tatsächlich – so argumentiert er – *sapit naturam monopolii* das einen gewissen Zeitraum geltende Verbot, unter einem bestimmten Preis zu verkaufen. Es handelt sich mit anderen Worten um eine Art Preiskartell zum Schaden der Konkurrenz und somit zum Schaden der *publica utilitas*. Man kann auch nicht annehmen, dass eine solche *facultas paciscendi* unter das königliche Mandat an seine Staatsanwälte fallen könne, insbesondere weil sie gesetzeswidrig und eben gegen das Gemeinwohl sei. Aber auch unter diesem Aspekt bezieht Alciato eine besondere Stellung zur Unterstützung der Rechtskräftigkeit des Abkommens. Er tut dies aus verschiedenen Gründen, aber an erster Stelle weil der *rex* aller Wahrscheinlichkeit nach von dem Abkommen wusste und daher mit Sicherheit nicht behauptet werden kann, dass derselbe *fecisse monopolium*.

In der Tat hat das Verbot (*Cod.* 4.59) monopolistischer Praktiken für die Abkommen unter Kaufleuten («in mercatoribus inferioribus inter se paciscentibus») zu gelten und nicht für jene mit dem Fürsten oder seinen Geschäftsführern («non autem cum principe, seu eius actoribus»). Die legislative Disziplin in Sachen Monopolen ist mit andern Worten als *iuris positivi* zu betrachten und daher auf der Grundlage eines «privilegium principis aut communitatum, et etiam per praescriptionem» umgehbar. Wenn wir also die weiteren Argumente beiseitelassen, die hier nichts zur Sache beitragen, lässt jene *publica utilitas*, die das Verbot der monopo-

listischen Praktiken begründet, eindeutig die öffentliche Bedeutung der Marktdisziplin hervortreten; sie rechtfertigt das öffentliche regulierende Eingreifen zur Garantie der freien Konkurrenz; sie gleicht kohärent die autorisierten oder direkt von der öffentlichen Gewalt gehandhabten monopolistischen Eingriffe an die Zielsetzung des Systems an. Die Behauptung ist nicht nur eine prinzipielle, sondern wird direkt im vom *princeps* in Monopolstellung ausgeführten wirtschaftlichen Aktivitäten («alii casus quibus reditus principum consistunt in monopoliis, et tamen tales reditus sunt approbati a lege, sicut est reditus salinarum, quod est monopolium principis») bestätigt.

Alciatos Denken scheint auf die Bestätigung einer Moderne projiziert, die ihre Substanz auch an die Schaffung der politisch-rechtlichen Kategorie des Öffentlichen (*publica utilitas*, öffentliche Gewalten) bindet: unter dem Vorzeichen einer evolutiven Kontinuität, deren Verbindungsglieder deutlich in den Lehren von Baldus de Ubaldis und von Bartolomeo Sozzini erkennbar sind, verlässt er endgültig die vorwiegend mittelalterliche Weisheitsliteratur, die die Abhandlung der Materie der Monopole zugunsten einer Wahrnehmung des Markts mit den Augen des Kaufmanns, des Herstellers und des Käufers unter erklärt Freihandels-Vorzeichen vereinte, um sich an neue Ufer aufzumachen, von denen darüber hinaus die darauffolgende Rechtswissenschaft profitieren sollte. Letztendlich werden sowohl die Unrechtmäßigkeit von konkurrenzhemmenden Praktiken als auch die Rechtmäßigkeit des *monopolium principis* am Übergang zur Moderne auf dieselbe konzeptuelle Sphäre und auf einen einzigen rechtspolitischen Motor zurückgeführt: jenen der die Marktdisziplin immer und in jedem Fall an den Bedürfnissen des öffentlichen Nutzens, des *bonum comune* und, in letzter Instanz, am Sichentfalten der öffentlichen Gewalten misst.

*Übersetzung von Friederike Oursin*

# Tra «pubblico» e «privato»: i princìpi giuridici sulla gestione dei beni comuni e un «consilium» cinquecentesco di Giovanni Pietro Sordi

di *Alessandro Dani*

## 1. *Premessa*

I beni comuni[1] costituiscono una delle più tipiche espressioni della dimensione comunitaria pre-moderna, il cui modello si colloca un po' in mezzo alle nostre categorie del «pubblico» e del «privato», invece, com'è noto, privilegiate dal diritto romano giustinianeo prima (pensiamo al rilievo, nella sua disciplina, dell'organizzazione imperiale da un lato e della proprietà privata dall'altro) e dal diritto dello Stato liberal-borghese poi[2].

La dimensione comunitaria pre-moderna presenta ai nostri occhi caratteri sia pubblici che privati: ma essi, calati in un modello antropologico peculiare[3], assumono valenze assai diverse da quelle che noi attribuiamo

[1] Nella confusione terminologica che regna in materia, si sente il bisogno di precisare che con tale locuzione indicheremo qui i beni di comunità destinati alla fruizione collettiva degli appartenenti alla comunità stessa. Si tratta di quelle risorse naturali (come boschi, pascoli etc.) generalmente indicate come di proprietà collettiva o di uso civico, adoperando questi termini in senso lato, per comprendere situazioni giuridicamente anche assai diverse tra loro.

[2] Paolo Grossi, riferendosi alle proprietà collettive alpine, ha scritto che «è sterile ed assurdo domandarsi se esse appartengano all'una o all'altra dimensione [*scil.* pubblica o privata]», perché queste «si mescolano in modo indistricabile». Cfr. P. GROSSI, *I dominii collettivi come realtà complessa nei rapporti con il diritto statuale*, in «Rivista di diritto agrario», 76, 1997, 3, pp. 268-269.

[3] Sul quale, anche per indicazioni bibliografiche, cfr. il recente contributo di C. POVOLO, *La piccola comunità e le sue consuetudini*, in *Tra diritto e storia. Studi in onore di Luigi Berlinguer promossi dalle Università di Siena e di Sassari*, 2 voll., Soveria Mannelli (Catanzaro) 2008, II, pp. 591-642. Dal punto di vista antropologico, come scrive l'Autore, «elemento determinante della vita di una comunità era, ed è, infatti, quel reticolo comune costituito di interrelazioni sociali e famigliari che faceva sì che dimensione individuale e dimensione collettiva si fondessero in un *unicum* che costituiva la base unitaria della stessa comunità. Questo *unicum* era fondato sulla rete di conoscenze che annodava costantemente il passato al presente, che poneva ogni individuo in stretta relazione con gli altri membri della

allo Stato e agli Enti pubblici da un lato e ai soggetti privati dall'altro[4]. La comunità conosce, protegge, aiuta, organizza, vigila, giudica, punisce o perdona per ristabilire la pace: ma queste attività, riferite ad una cerchia relativamente ristretta di persone, finiscono per assumere un carattere diretto, comunicativo, rapido, personale, che ne fa un'esperienza tipica: al di fuori della famiglia, è la prima spontanea, naturale, manifestazione del 'pubblico' (la marsiliana «prima communitas vocata vicus»)[5], un 'pubblico' primitivo se si vuole, imperfetto, ma allo stesso tempo – si potrebbe pure osservare – ancora ignaro dell'avvilimento burocratico e dell'oppressione anonima dei grandi apparati. Edoardo Ruffini sottolineava giustamente, già nell'esperienza medievale, la sostanziale differenza delle assemblee dei Comuni rurali o comunque minori, in cui poteva udirsi la voce di tutti, dalla folla che si riuniva nella *concio* (o *arengo*) delle città maggiori, che non poteva che limitarsi ad acclamare o rumoreggiare[6].

Comunità dunque come categoria al di là dei moderni/romani concetti di pubblico e privato: di qui anche la difficoltà a tradurre nella grammatica giuridica attuale quelle situazioni, come le Regole alpine, che del mondo comunitario pre-moderno sono figlie legittime. Così il decreto legislativo 1104 del 1948 dichiarò il carattere pubblico delle Regole, mentre la legge 97 del 1994 ne ha riconosciuto la personalità giuridica di diritto

comunità ...» (p. 594). A Ferdinand Tönnies si deve una delle prime analisi del concetto di comunità (*Gemeinschaft*, contrapposto a quello di *Gesellschaft*, cioè di società), anche sulla scorta degli studi di H.S. Maine e O. Gierke. Il sociologo indicò nell'immediatezza, nell'autenticità, in una storia ed una cultura condivise, e dunque tendenzialmente in un patrimonio di valori comuni, la cifra della dimensione comunitaria: cfr. F. Tönnies, *Comunità e società* (1887), Milano 1963, pp. 45-46, 51-81. Da allora, com'è noto, una folta schiera di filosofi, antropologi, politologi dei più diversi orientamenti si sono confrontati con l'idea di comunità, anche come «risposta al terremoto sociale provocato dalla modernizzazione»; V. Pazè, *Il comunitarismo*, Roma - Bari 2004, p. 81. Sul concetto di comunità cfr. anche N. Rouland, *Antropologia giuridica* (Giuristi stranieri di oggi, 13), Milano 1992, pp. 197-199.

[4] Ricondurre l'organizzazione dei Comuni soggetti ad una città dominante, principe o signore, teoricamente privi di *iurisdictio*, ad un ambito puramente privatistico, come pure la dottrina spesso ha cercato di fare (a partire dallo stesso Bartolo: cfr. L. Mannori - B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma - Bari 2001, p. 24), non rende a mio avviso giustizia della concreta esperienza istituzionale (quantomai eterogenea) testimoniata dalle fonti storiche ed appare per certi versi come una forzatura: si considerino i poteri coercitivi, normativi, fiscali, la stessa struttura organizzativa comunale che, nei centri appena un po' più consistenti, tende a ripetere in piccolo quella delle città 'sovrane'.

[5] Marsilio da Padova, *Defensor pacis*, I, 3, 4.

[6] E. Ruffini, *La ragione dei più. Ricerche sulla storia del principio maggioritario*, Bologna 1977, p. 227.

privato[7]. Non trovando altri termini, si riferisce ad esse un carattere di cosiddetta «parademanialità». E, significativamente, i più delicati problemi giuridici sono posti oggi soprattutto dalla conflittuale interazione dei vari soggetti pubblici/privati presenti sul territorio con diversi ambiti di competenza (pensiamo alla pianificazione urbanistica), che danno luogo a sovrapposizioni e confusioni sconosciute all'esperienza pre-moderna[8]. Forse la storia giuridica, pur cercando di rispondere a quesiti essenzialmente storico-giuridici, può portare un contributo anche al dibattito scientifico su questi temi tra i giuristi positivi.

La dottrina di diritto comune elaborò, in tema di gestione dei beni comunitari di utilizzo collettivo, una serie di regole volte alla loro tutela, delineando per essi uno «statuto giuridico» diverso da quello degli altri beni comunali. Come al solito i giuristi costruirono tali regole muovendo dal diritto romano, necessaria base legislativa di partenza, ed estendendo *rationes* ricavate dal *Corpus iuris civilis* di Giustiniano a situazioni da questo non disciplinate[9]. La stessa qualificazione giuridica dei diritti sui beni comuni passò attraverso il «filtro culturale» romanistico, ovvero situazioni frutto di consuetudini diffuse nel mondo rurale, estranee alla tradizione giustinianea, furono lette alla luce delle categorie e dei concetti

[7] Sia permesso, in proposito, rinviare a quanto detto nella recensione al volume di E. TOMASELLA, *Aspetti pubblicistici del regime dei beni regolieri*, in «Rassegna di diritto civile», 3-4, 2001, pp. 887-892.

[8] Come già detto nella recensione appena citata, le sovrapposizioni e gli attriti che oggi esistono tra Regole e Comuni possono meglio comprendersi nella considerazione che entrambe queste istituzioni condividono storicamente una medesima matrice nell'esperienza comunale-comunitaria medievale, da intendere correttamente nel senso più ampio, comprensivo cioè, oltre che dei Comuni cittadini, di Comuni rurali e castrensi, Vicinìe, Ville, Comunelli e simili: tutte forme organizzative territoriali che trapassano, impercettibilmente e senza nette cesure, dai più piccoli ambiti quasi-familiari a quelli più ampi e complessi, nella sicura assenza di un modello unico di Comune. Da tale medesimo punto di partenza, le Regole sembrano essersi trasformate chiudendosi e 'privatizzandosi' ed i Comuni moderni allargandosi, burocratizzandosi e facendosi sempre più 'enti pubblici': ciò fino a determinare quella macroscopica differenza che oggi è dato osservare. Ma nel tardo medioevo le cose stavano diversamente e basta confrontare una carta di Regola con un coevo statuto di un Comune rurale sufficientemente vitale (ovvero non soffocato da qualche prepotere cittadino o signorile) per scoprire che le similitudini superano di gran lunga le differenze.

[9] Questo, com'è noto, accadde regolarmente, specie dal Trecento, con «l'uso strumentale di quel *Corpus iuris* per sistemare la prassi»: cfr. E. CORTESE, *Meccanismi logici dei giuristi medievali e creazione del diritto comune*, in M.G. DI RENZO VILLATA (ed), *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile*, Atti del convegno, Napoli 2003, p. 343.

giuridici romani (ad esempio come servitù o come beni pubblici con speciale destinazione), categorie che in un certo senso duttilmente, ma talora problematicamente, si piegarono a comprendere forme sostanzialmente aliene.

Insomma, tutta la disciplina dei beni comuni può essere vista come l'incontro di logiche giuridiche diverse[10], come l'esito di una mediazione tra differenti culture, e per questo presenta un carattere complesso e poliedrico: non a caso, dal medioevo sino ad oggi, si è prestata a diverse ipotesi ricostruttive. Tali connessioni tra più sfere giuridiche mostrano l'opportunità di guardare al fenomeno non soltanto da un'angolazione puramente formalistica, ma anche da quella dell'esperienza giuridica nel suo complesso, fatta anche di pratiche quotidiane, mentalità popolari e modalità peculiari di percezione della giustizia. E certamente la concreta esperienza giuridica che si può cogliere dalla documentazione locale (come statuti, deliberazioni consiliari, atti giudiziari) può schiudere orizzonti interessanti. Se si considera anzi il ruolo assai rilevante che gli *iura propria*, i diritti particolari (scritti e consuetudinari), continuarono a svolgere nel sistema di diritto comune per tutto l'Antico Regime, al pari delle istituzioni locali entro gli Stati territoriali coevi, si dovrà riconoscere che la valutazione di questa documentazione costituisce un raccomandabile criterio metodologico ed un antidoto a letture affette da quei rigidi dogmatismi che vogliono applicare «verità assolute» ad ogni situazione, senza tener conto delle peculiarità dei diversi contesti storici.

Il compito che si prospetta per una consapevole ed affidabile ricostruzione storico-giuridica della gestione dei beni comuni non può pertanto che essere gravoso, poiché si tratta di esaminare un'ampia congerie di documenti locali con sguardo comparativo, ma tenendo, al contempo, necessariamente presente la dottrina di diritto comune, che influenzava costantemente gli *iura propria* dal loro momento genetico a quello applicativo, fornendo oltretutto – e soprattutto – la chiave di lettura e la cornice culturale complessiva entro cui ogni diritto locale era chiamato a vivere.

Nella vasta letteratura consulente sul tema della gestione dei beni comuni il *consilium* di Giovanni Pietro Sordi da Casale († 1598)[11] del tardo

[10] Norbert Rouland, in un'ampia ottica antropologico-giuridica, vede nella reinterpretazione delle consuetudini «il modo più sottile di accomodamento di logiche diverse» che coesistono e sottolinea comunque il pericolo che i contenuti consuetudinari stessi finiscano per essere sostanzialmente modificati. Cfr. N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, cit., p. 338.

[11] G.P. SORDI, *Consilia sive responsa*, I, Venetiis 1584, cons. 65, cc. 184v-186v. Il Sordi acquisì notevole fama, oltre che per la raccolta di *consilia* testé citata (distribuita in quattro

Cinquecento che ci apprestiamo a seguire ebbe buona fortuna e larga circolazione: lo si è, ad esempio, potuto spesso incontrare richiamato nella giurisprudenza fino al Settecento inoltrato. Tra i suoi motivi di interesse v'è quello di condensare in modo chiaro i princìpi-cardine dell'amministrazione dei beni comuni ormai consolidatisi nella dottrina tre-cinquecentesca, soprattutto attraverso l'attività di *interpretatio* della compilazione giustinianea (*Codex* ed ultimo libro del Digesto in primo luogo)[12].

## 2. *Le circostanze del «consilium»*

Una deliberazione del Consiglio della Comunità di Livorno Piemonte (oggi Livorno Ferraris, nel Vercellese) aveva proibito di far pascolare le pecore nei pascoli pubblici comunali e nei fondi privati incolti, eliminando così un rilevante uso civico sin'allora costantemente esercitato dalla popolazione locale. Nonostante la regolare approvazione della deliberazione da parte della competente magistratura superiore, molti cittadini del luogo protestarono sostenendo l'antigiuridicità della deliberazione e chiedendo dunque la sua abrogazione[13].

tomi e pubblicata più volte tra fine Cinquecento e primo Seicento), per una raccolta di decisioni del Senato di Mantova, di cui fu membro per dieci anni (*Decisiones S. Mantuani Senatus*, Venetiis 1597, poi riedita varie volte a Piacenza, Francoforte, Milano, Lione, Torino e Genova tra il 1598 ed il 1669), ed un *Tractatus de alimentis*, Venetiis 1594. Come osservano il Genta ed il Lupano, Giovanni Pietro Sordi (che sembra non abbia mai insegnato in sedi universitarie) fu soprattutto un grande consiliatore, avendo lasciato circa 567 pareri, resi a favore di ogni categoria sociale, tra cui anche molti esponenti di spicco della nobiltà monferrina e mantovana ed enti ecclesiastici. Nel 1598 (anno della sua morte) ricoprì il prestigioso incarico di ambasciatore del duca Vincenzo Gonzaga presso la Santa Sede. Incerta invece rimane la data di nascita, ipotizzata da Genta e Lupano tra il 1544 e il 1548. Iniziò ad esercitare la professione forense a Casale, dove fu anche avvocato fiscale presso il Capitano di Giustizia dal 1576 al 1598, nonché componente del Senato locale, di cui fu nominato presidente nel 1595. Per altre notizie biografiche e relative ad un momento di particolare rilievo della sua attività consulente cfr. E. GENTA - A. LUPANO, *Giovanni Pietro Sordi e il suo consilium sull'eredità del Ducato di Veragua*, in P. CANEPA - G. CASARTELLI COLOMBO DI CUCCARO - G. RIBALDONE (edd), *Atti del Congresso internazionale colombiano «Cristoforo Colombo, il Piemonte e la scopera del Venezuela»*, Cuccaro Monferrato 2001, pp. 161-170 (ulteriore bibliografia alle pp. 161-166). Sordi è indicato come uno dei maggiori esperti in materia di alimenti di età moderna da G.S. PENE VIDARI, *Ricerche sul diritto agli alimenti*, I, Torino 1972, p. 149.

[12] Anche in questo caso la letteratura consulente si conferma come «il vero ponte tra la scienza e la prassi», come nota D. QUAGLIONI, *La giustizia nel Medioevo e nella prima Età moderna*, Bologna 2004, p. 115.

[13] «Consilium loci Liburni statuit, ne quis in futurum audeat pecudes depasci facere in pascuis publicis, viis publicis, et praedijs zerbidis, sub gravibus poenis, et fuit statutum

Il Sordi ci informa anche che i reclamanti erano «quamplures ex ditioribus illius loci», e dunque la situazione lascia intravedere un contrasto di interessi all'interno della piccola comunità piemontese tra una maggioranza consiliare, che verosimilmente mirava a liberare la proprietà terriera privata[14] dalle consistenti limitazioni dovute al pascolo collettivo ed una parte della cittadinanza invece interessata al mantenimento dell'uso civico, composta anche da persone agiate, probabilmente proprietarie di numeroso bestiame e che non esitarono a rivolgersi ad un giurista di spicco come il Sordi per tutelare le loro ragioni. Da quel poco che è dato sapere dal parere sulla situazione alla base della controversia, si può immaginare una conflittualità analoga a quella di cui si ha notizia in molte comunità di età moderna, che spesso non vedeva semplicemente contrapposti poveri da una parte e ricchi dall'altra, ma soggetti di diversa estrazione sociale portatori di contrastanti interessi nello sfruttamento delle locali risorse naturali[15]. Si tratta, com'è ovvio, di dinamiche socio-economiche sottese alla lite che qui non possiamo approfondire, essendoci proposti unicamente di individuare gli argomenti giuridici salienti che emergono dal parere. Allo stesso modo lasciamo necessariamente in ombra l'esito della controversia, ovvero le fortune e le «vicende terrene» del parere, di cui esso non ci informa e che richiederebbero indagini ulteriori su altri tipi di fonti.

### 3. *I principi giuridici generali sulla gestione dei beni comuni*

Vediamo allora quali sono i princìpi enunciati nel *consilium*. Anzitutto si afferma quello, veramente generale e pacifico, sia in dottrina che nelle

illud confirmatum ab excell. Senatu. Reclamant autem quamplures ex ditioribus illius loci, quare videndum est, an iure subsistat constitutio illa», G.P. SORDI, *Consilia*, cit., cons. 65, n. 1, c. 184vb.

[14] «In loco autem Liburni consuetum est, quod quicunque habebant armenta uel pecudes, ea mittebant in pascua communia, quin et hiemali tempore in prata priuatorum», *ibidem*, n. 22, c. 186rb.

[15] Il fenomeno è già ben noto alla storiografia: cfr. ad esempio M. BLOCH, *I caratteri originali della storia rurale francese* (1931), Torino 1973, p. 238; M. CAFFIERO, *Solidarietà e conflitti. Il sistema agrario consuetudinario tra Comunità rurale e potere centrale (Lazio, XVIII-XIX secolo),* in «Mélanges de l'École Française de Rome. Moyen Age - Temps modernes», 100, 1988, 1, pp. 376-377; M. MONTORZI, *Giustizia in contado. Studi sull'esercizio della giurisdizione nel territorio pontederese e pisano in età moderna*, Firenze 1997, pp. 162-163; N. VIVIER, *Propriété collective et identité communale. Les Biens Communaux en France. 1750-1914* (Histoire de la France aux XIXe et XXe siècles, 46), Paris 1998, pp. 54, 58 e 293-295; da ultimo A. DANI, *Usi civici nello Stato di Siena di età medicea* (Archivio per la storia del diritto medioevale e moderno, 7), Bologna 2003, pp. 350-377.

prassi ovunque seguite, che le Comunità possono deliberare su quello che concerne l'amministrazione dei loro beni[16], tramite il proprio Consiglio: «Consilium legitime congregatum idem potest, quam totus populus, et videtur per omnes fieri, quod facit consilium, uel eius maior pars», scrive il Sordi[17]. Il fatto che presso molti Comuni esistessero più Consigli – spesso uno Generale più ampio, ed uno Speciale, più ristretto – non avrebbe reso superflua una specificazione, ma sembra da intendere che il riferimento fosse comunque al Consiglio più ampio della Comunità (che nei Comuni minori era frequentemente dei capifamiglia), al quale sappiamo che venivano riservati gli affari più importanti che riguardavano tutta la collettività[18].

Certamente dunque la regola generale indirizza verso la competenza del Consiglio, e questo in via ordinaria si può legittimamente esprimere con il principio maggioritario: «maior pars quod facit, omnes videntur facere». Principio che, ricordiamo, del resto il diritto giustinianeo già contemplava proprio riguardo le deliberazioni delle curie municipali, come nel frammento di Scevola inserito nel titolo *Ad municipalem et de incolis* del *Digesto*[19]. Ma nei casi in cui vi siano diritti dei singoli sul

[16] Ed in tal senso si citano il Digesto e Bartolo: «Vniversitas vero in his, quae concernunt bonorum suorum administrationem habet facultatem statuendi l. 1 et l. ambitiosa ff. de decret[is] ab ord[ine] facien[dis] [rispettivamente, *Dig.* 50.9.1 e *Dig.* 50.9.4], Bart. in l. omnes populi, ff. de iust[itia] et iur[e] [BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In primam Digesti Veteris partem*, Venetiis 1575, c. 9va]»; G.P. SORDI, *Consilia*, cit., cons. 65, n. 2, c. 184vb. Numerose le voci dottrinali in sintonia: ad esempio il Cravetta, in un parere del 1535, affermava: «unaqueque universitas circa administrationem rerum suarum liberam habet potestatem licet talis universitas iurisditionem non habeat, ideo videmus quod potest universitas habens superiorem facere statuta super rebus suis aut super administratione rerum suarum sine licentia superioris». E questo secondo l'insegnamento di Bartolo e della dottrina sul frammento *Omnes populi* del Digesto [*Dig.* 1.1.9]; A. CRAVETTA, *Consiliorum pars prima et secunda* (1543), Venetiis 1566, cons. 238, pp. 51-52, n. 1. Il principio si trova fedelmente ribadito, nel Seicento, da esperti della materia come NICCOLÒ LOSA, *Tractatus de iure universitatum* (1601), Lugduni 1627, pars 3, cap. 15, pp. 210-211, nn. 1-3 e pars 3, cap. 1, pp. 127-128, n. 9; A. FERNANDEZ DE OTERO, *Tractatus de pascuis, et de iure pascendi, cum notis Comitis Vincentii Bondeni*, (1632), Parmae 1698, cap. 12, nn. 1-3, pp. 45-46.

[17] G.P. SORDI, *Consilia*, cit., cons. 65, n. 3, c. 185ra.

[18] Occorre nondimeno precisare che le prassi comunali presentano un'accentuata eterogeneità, dovuta a vari fattori locali di tipo sociale, economico, politico. In altri termini, esse si mostrano piuttosto riottose ad essere ordinatamente inquadrate nei principi enunciati dalla dottrina.

[19] Cfr. *Dig.* 50.1.19: «Quod maior pars curiae effecit, pro eo habetur ac si omnes egerint». Ma cfr. anche, nello stesso libro, il frammento in *Dig.* 50.17.160. Già lì dunque, si introduce quella *fictio* che sarà poi costantemente accolta dai giuristi medievali.

bene gestito, com'è per i pascoli di Livorno Ferraris, che «sunt omnibus communia»[20], il principio maggioritario non vale più e si passa a quello dell'unanimità[21], ovvero del *consensus omnium*, conformemente ad un'opinione generalmente accolta in dottrina[22].

Vi sono infatti due tipi di beni comunali, ritenevano i giuristi ancora sulla scorta del diritto romano, il quale distingueva *res in patrimonio* (o *in pecunia*) e *res in usu populi*[23]. La prima specie comprendeva i beni che oggi diremmo «patrimoniali», di regola gestiti contrattualmente dal Comune con finalità lucrative; la seconda includeva invece i beni di uso civico o comunque lasciati al godimento della comunità locale. Si tratta peraltro, si potrebbe aggiungere, di una distinzione nella pratica dai confini spesso piuttosto tenui, sia per il passaggio dei beni da una categoria all'altra, sia per l'alternanza periodica o la simultanea coesistenza

[20] Sul senso dell'affermazione che i *pascua sunt omnibus communia* il giurista casalese torna più avanti, precisando quanto segue: «Quod pascua quo ad usum spectent ad cives et incolas, licet quoad proprietatem et dominium sint universitatis, probatur expresse ex communi omnium opinione quae habet, quod illi de universitate non possunt esse testes pro ipsa universitate, quando tractatur de pascuis, quia tunc dicuntur testimonium dicere in causa propria, ex quo utilitas pascuorum ad eos singulariter spectat uti singulos, et non ut universos. Ideo sicuti in causa propria non recipiuntur, ita nec in causa universitatis, cuius commodum est ipsorum testium proprium»; G.P. SORDI, *Consilia*, cit., cons. 65, n. 7, c. 185rb. L'inammissibilità come testimoni dei comunisti in cause riguardanti i beni comuni da essi goduti era generalmente ritenuta in dottrina. La regola è stata tuttavia variamente intesa dalla storiografia: per alcuni sarebbe stata indice di un *dominium* (ancorché non pieno) in capo ai comunisti distinto dalla proprietà comunale, altri hanno decisamente contestato tale lettura, come U. PETRONIO, *La proprietà del bosco e delle sue utilità,* in S. CAVACIOCCHI (ed), *L'uomo e la foresta, secc. XIII-XVIII. Atti della ventisettesima settimana di studi, 8-13 maggio 1995* (Istituto Internazionale di Storia economica «F. Datini» di Prato, Serie II, Atti delle «Settimane di Studi» e altri Convegni, 27), Firenze 1996, pp. 430-432.

[21] Adoperiamo qui il termine in senso lato, per indicare il consenso collettivo, e non nel senso più preciso e circoscritto dell'*unanimitas* canonica, di cui diremo tra poco.

[22] Cfr. quanto diremo *infra*, § 5.

[23] Ad esempio il Lagunez, sulla scorta delle tradizionali letture del frammento *Bona civitatis* del titolo *De verborum significatione* del Digesto [*Dig.* 50.16.15], chiarisce che i beni delle Comunità sono di due generi: «quaedam sunt in ipsius universitatis peculio ... ut sunt praedia, molendina et similia, quae ut qualibet privatorum bona per oppida privativa habentur. Alia vero, quae omnibus illius oppidi ubi sunt communia reputantur, in nullius tamen dominio, sed vere publica quoad usum et commoditatem: ut sunt viae publicae, platea, theatrum, fontes, pascua publica et similia»; M. LAGUNEZ, *Tractatus de fructibus* (1686), Lugduni 1702, cap. 28, n. 236, p. 374. Similmente J. CANCER, *Variarum resolutionum iuris caesarei, pontificii et municipalis Principatus Cathalauniae pars tertia*, Lugduni 1683, cap. 17, p. 305, n. 199: «Universitas potest possidere duplicis generis bona, una destinata ad publicum usum, alia ad reditum proprium universitatis».

di gestione patrimoniale e, pur limitato, utilizzo collettivo, come è dato osservare non di rado per le bandite di pascolo, ma anche per i boschi o per la pesca.

A parte ciò, è comunque fuori discussione che i beni di uso civico non possano essere gestiti semplicemente con il principio maggioritario, ma in questi casi deve invece essere applicata la regola del *Quod omnes tangit* ... Afferma infatti il Sordi:

«quod tunc factum a maiori parte omnibus praeiudicat, quando tractatur de re, quae ad omnes spectat in uniuerso. Sed quando omnes ut singuli interesse praetendunt, omnium consensus requiritur, quia, quod omnes tangit ab omnibus debet approbari, capitulo quod omnes de regul[is] iur[is] in 6[24], Iaso. in d. l. iurisgentium, § fin. num. 6, ff. de pact[is][25]. Ideoque si tractatur de re, quae ad omnes ut singulos pertinet, non sufficiat consensus maioris partis, sed singuli quoque intervenire et consentire debent, ut est glos. in l. 2 C. quae sit long[a] consuet[udo][26], quia maior pars capituli non potest disponere de rebus singulorum»[27].

[24] *VI.* 5.12.29.

[25] Giason del Maino, *In primam Digesti veteris partem commentaria*, Venetiis 1589, c. 153vb.

[26] Gl. *Aut legem* ad *Cod.* 8.52(53).2.

[27] G.P. Sordi, *Consilia*, cit., cons. 65, n. 17, c. 185vb. Continua il parere: «Pascua autem, de quibus agimus, licet ratione dominij et proprietatis spectent ad uniuersitatem, tamen quo ad usum et commoditatem sunt singulorum, quin unusquisque de populo consueuit hactenus suas pecudes et armenta ad depascendum immittere, quo casu res uidetur singulorum propria propter utilitatem, quam singuli de loco percipiunt, ut dictum est supra ... Ergo non possunt illi soli de consilio et multominus eorum pars maior in singulorum praeiudicium statuere, ut fecerunt. Et hoc sentit Ias. d. cons. 71, col. 2, versi. nec isto casu, uol. 3 [Giason del Maino, *Consilia*, III, Lugduni 1534, cons. 71], ubi dicit in casu suo non esse necessariam congregationem capitum domorum, quia tractatur de rebus, quae ad omnes spectabant ut uniuersos. Innuit ergo, quod si ad omnes uti singulos pertinuissent, omnium consensus fuisset necessarius. Et quamuis ipse loquatur in pascuis et nemoribus, et concludat nihilominus ea ad omnes in uniuerso pertinere, tamen potest eius dictum locum habere, quando uniuersitas consueuisset ea locare, uel a depascentibus certum quid exigere, eo enim casu non attenditur utilitas particularium, quia potius agitur de publica utilitate, cum in publicos usus commoditas illorum uersatur. Sed ubi consueuerunt singuli in pascuis publicis gratis animalia sua pascenda tenere, et ex nemoribus ligna capere, tunc utilitas similium rerum dicitur ad singulos spectare, ut per Alex. in consi. 68, num. 18, uol. 2 [Alessandro Tartagni, *Liber secundus consiliorum seu responsorum*, Lugduni 1549, cons. 68], et in consil. 99, nu. 7, uol. 5, [Alessandro Tartagni, *Liber quintus consiliorum* ..., cons. 99, n. 7] ubi refert, quod homines de uniuersitate non desinunt esse integri testes pro uniuersitate, quando agitur de pascuis, et nemoribus, ex quibus ipsi commodum non possunt percipere nisi soluant certum quid, quia tunc agitur de re, quae tam ratione utilitatis, quam etiam proprietatis, ad omnes spectat in universo. Et in terminis nostris hanc sententiam probauit Cagno. in d. l. 2 in prin. in uersi. fin. nu. 45 de origin[e] iur[is] [*Dig.* 1.2.2] [G. Cagnolo, *Repetitiones ad rubricas et leges Digesti de*

Come si vede, si cita come fonte del principio la XXIX *regula iuris* del *Liber Sextus* di Bonifacio VIII (1298)[28], che recita appunto: «Quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari»[29]. E su questo importante aspetto dobbiamo soffermarci per qualche considerazione.

*origine iuris* ...], ubi dicit quod maior pars decurionum non potest statuere circa nemora et pascua, ad quae pro libito, quilibet de populo consueuerat accedere, sed congregari debent capita domorum, atque omnes eo modo consentire, alias non sustinetur dispositio, quam maior pars decurionum faceret»; *ibidem*, nn. 18-19, c. 186ra.

[28] Le *regulae iuris* del *Liber Sextus*, com'è noto, furono formulate dall'insigne civilista Dino del Mugello e costituiscono un titolo «sostanzialmente civilistico», innaturalmente inserito nella compilazione bonifaciana secondo E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II, Roma 1995, p. 370. La *regula* in esame mostra tuttavia, come vedremo appresso, una derivazione civilistica formale ed un più sostanziale inserimento nella tradizione canonistica. Sui caratteri giuridici del *Liber Sextus* cfr. il recente contributo di F. LIOTTA, *Tra compilazione e codificazione. L'opera legislativa di Gregorio IX e Bonifacio VIII*, in F. LIOTTA (ed), *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, 2 voll., Bologna 2007, II, pp. 21-39.

[29] Sul principio del *Quod omnes tangit* vi è una non esigua bibliografia: ricordiamo i contributi di P.S. LEICHT, *Un principio politico medievale*, in *Scritti vari di storia del diritto italiano*, I, Milano 1943, pp. 138-141; A. MARONGIU, *Il principio fondamentale della democrazia nel XIII secolo*, in «Paideia», 1.5, 1946, pp. 257-262, e, dello stesso autore, si veda *Il principio della democrazia e del consenso (quod omnes tangit, ab omnibus approbari debet) nel XIV secolo*, in «Studia Gratiana», 8, 1962, pp. 553-575 e *Il parlamento in Italia nel Medio Evo e nell'Età Moderna. Contributo alla storia delle istituzioni parlamentari dell'Europa occidentale*, Milano 1962, pp. 34-46; G. POST, *A Romano-Canonical Maxim, «Quod omnes tangit», in Bracton*, in «Traditio», 4, 1946, pp. 197-251; Y. CONGAR, *Quod omnes tangit ab omnibus tractari et adprobari debet*, in «Revue historique de droit français et étranger», 36, 1958, pp. 210-259, poi riprodotto in *Droit ancien et structures ecclésiales,* London 1982, III; P. GROSSI, *Unanimitas. Alle origini del concetto di persona giuridica nel diritto canonico*, in «Annali di storia del diritto», 2, 1958, pp. 251-256; P. MICHAUD-QUANTIN, *«Universitas». Expressions du mouvement communautaire dans le moyen âge latin*, Paris 1970; E. RUFFINI, *La ragione dei più*, cit., pp. 44-56, 310-315; G. ERMINI, *Il principio «quod omnes tangit etc.» nello Stato della Chiesa del Seicento (secondo il pensiero di G. Battista De Luca)*, in «Rivista di storia del diritto italiano», 49, 1976, pp. 279-300; A. CAMPITELLI, *«Plures ut singuli, plures ut universi»: alle origini del principio maggioritario*, in A. CIANI - G. DIURNI (edd), *Esercizio del potere e prassi della consultazione*, Atti del colloquio, Roma 1991 («Utrumque ius». Collectio Pontificiae Universitatis Lateranensis, 21), pp. 55-68. Sulla lunga fortuna in campo ecclesiastico della formula, infine approdata alla codificazione canonica cfr. O. GIACCHI, *La regola «quod omnes tangit» nel diritto canonico (can. 101, § I, n. 2, C.J.C.)*, in *Studi in onore di Vincenzo del Giudice*, I, Milano 1953, pp. 341-372. Tale contributo di Orio Giacchi si riferisce ovviamente al primo Codice di diritto canonico del 1917; nel Codice di diritto canonico del 1983 la regola è stata recepita nel can. 119, terzo alinea. La codificazione ha inserito una piccola specificazione: «quod autem omnes uti singuli tangit, ab omnibus approbari debet». Sul tema cfr. A. BETTETINI, *Riflessioni storico-dogmatiche sulla regola «quod omnes tangit» e la «persona ficta»*, in «Il diritto ecclesiastico», 3, 1999, pp. 645-679.

La formula non nasce con il *Liber Sextus*: già aveva fatto sporadicamente la sua comparsa in ambito canonistico[30], come in una decretale di Innocenzo III in tema di rimozione di ecclesiastici minori[31] ed in alcune glosse dell'apparato ordinario al *Decretum Gratiani*[32]. In tutti i casi non si fece altro che riprendere, riferendola a temi ecclesiastici, l'espressione di una costituzione di Giustiniano del 531 (*Cod.* 5.59.5) riguardante una materia diversa e particolare, quella dell'esercizio congiunto della tutela in presenza di più tutori[33]. A sua volta Giustiniano probabilmente trasse il principio (se non nella sua identità formale, nella sostanza) dalla giurisprudenza

[30] Ha indicato approssimazioni al principio del *Quod omnes tangit* in vari testi patristici e conciliari tardo-antichi ed alto-medievali Y. CONGAR, *Quod omnes tangit*, cit., pp. 224-225. Il Marongiu, dal canto suo, ha segnalato vari scritti canonistici di fine XII secolo, come l'anonima *Summa «Reverentia sacrorum canonum»* e la *Summa decretalium* di Bernardo da Pavia. Cfr. A. MARONGIU, *Il parlamento in Italia*, cit., pp. 38-39.

[31] Essa (di incerta datazione secondo Y. CONGAR, *Quod omnes tangit*, cit., p. 210), già inclusa nella *Compilatio IV*, fu poi accolta nel *Liber Extra* (cfr. *X.* 1.23.7). Nella parte che ci interessa, il § 6, disponeva che i decani rurali designati congiuntamente dal Vescovo e dall'Arcidiacono potessero essere rimossi dalla carica solo con il consenso di entrambi. Leggiamo nel testo: «Subsequenter postea quaesivisti, utrum decani rurales, qui pro tempore statuuntur, ad mandatum tuum solum vel archidiaconi, vel etiam utriusque institui debeant vel destitui, si fuerint amovendi. Ad hoc breviter respondemus, quod cum ab omnibus, quod omnes tangit, approbari debeat, et cum commune eorum decanus officium exerceat, communiter est eligendus, vel etiam amovendus». La glossa ordinaria cita la costituzione in *Cod.* 5.59.5 ed il frammento in *Dig.* 39.3.8 che ci apprestiamo a vedere.

[32] Come la glossa *Ab omnibus* a D. LXVI, c. 1 e la glossa *Pertinet* a D. XCVI, c. 4, che richiamano esplicitamente l'ultima costituzione del titolo *De auctoritate praestanda* del *Codex Iustinianus* (5.59.5) di cui subito diremo. La materia trattata nei luoghi grazianei citati riguarda, rispettivamente, le modalità di elezione e consacrazione degli Arcivescovi e la partecipazione ai sinodi.

[33] Nel testo giustinianeo si legge: «Veterem dubitationem amputantes, per quam testamentarii quidem vel per inquisitionem dati tutoris et unius auctoritas sufficiebat, licet plures fuerant, non tamen diversis regionibus destinati, legitimi autem vel simpliciter dati omnes consentire compellebantur, sancimus, si plures tutores fuerint ordinati, sive in testamento paterno, sive ex lege vocati, sive a iudice vel ex inquisitione vel simpliciter dati, et unius tutoris auctoritatem omnibus tutoribus sufficere, ubi non divisa est administratio vel pro regionibus vel pro substantiae partibus. Ibi etenim necesse est singulis pro suis partibus vel regionibus auctoritatem pupillo praestare, quia in hoc casu non absimiles esse testamentariis et per inquisitionem datis legitimos et simpliciter datos iubemus eo, quod fideiussionis onere praegravantur et subsidiariae actionis adminiculum speratur. Sed haec omnia ita accipienda sunt, si non res quae agitur solutionem faciat ipsius tutelae, ut puta si pupillus in adrogationem se dare desiderat, etenim absurdum est solvi tutelam nec consentiente, sed forsitan et ignorante eo, qui tutor fuerat ordinatus. Tunc etenim, sive testamentarii sive per inquisitionem dati sive legitimi sive simpliciter creati sunt, necesse est omnes suam auctoritatem praestare, ut, quod omnes similiter tangit, ab omnibus comprobetur. Quae omnia simili modo et in curatoribus observari oportet».

classica: in un passo di Paolo inserito nel *Digesto* (42.1.47) si diceva che in giudizio le cause devono essere trattate «praesentibus omnibus, quos causa contingit»[34] e, soprattutto, un frammento di Ulpiano, collocato nel titolo *De aqua pluvia arcenda* del *Digesto* (39.3.8), prescriveva che la concessione di prendere acqua non potesse essere fatta solo dal proprietario del fondo dove essa sgorga, ma congiuntamente da tutti gli aventi diritto all'approvvigionamento[35]. Non a caso, la glossa *Eius aquae* dell'apparato accursiano, chiosa il frammento con la formula del *Quod omnes tangit* citando proprio la costituzione giustinianea di *Cod.* 5.59.5.

Con il *Liber Sextus* si conferisce però al principio un portata generale, anche se ancora prevalentemente riferita alla disciplina di cariche ecclesiastiche. Ma non solo ad esse, se la glossa ordinaria alla *regula XXIX* afferma che «casus figuratur multis modis», e porta gli esempi della presenza alla consacrazione dell'Arcivescovo eletto di tutti i suffraganei della provincia[36], dell'elezione del prelato da parte di tutti i canonici ed anche, pur ponendo varie limitazioni, fa riferimento alla disposizione delle cose «quae pertinent pluribus ut singulis» (e non «ut universis»), portando l'esemplificazione dell'*aquae haustus* dell'appena ricordato frammento di Ulpiano.

Con il suo innalzamento a *regula iuris* sembrano dunque schiudersi al *Quod omnes tangit* nuove possibilità applicative dentro e fuori lo specifico ambito delle istituzioni ecclesiastiche.

Sul rapporto di questa formula con il principio dell'*unanimitas* canonica, che ebbe larghissima applicazione nell'organizzazione ecclesiastica medievale[37], si è soffermato Paolo Grossi rilevando la peculiarità del concetto di *unanimitas*, carico di significato teologico, ed affermando decisamente la

[34] Il frammento nel suo intero recita: «De unoquoque negotio praesentibus omnibus, quos causa contingit, iudicari oportet: aliter enim iudicatum tantum inter praesentes tenet».

[35] «In concedendo iure aquae ducendae non tantum eorum, in quorum loco aqua oritur, verum eorum etiam, ad quos eius aquae usus pertinet, voluntas exquiritur, id est eorum, quibus servitus aquae debebatur, nec immerito: cum enim minuitur ius eorum, consequens fuit exquiri, an consentiant et generaliter sive in corpore sive in iure loci, ubi aqua oritur, vel in ipsa aqua habeat quis ius, voluntatem eius esse spectandam placet».

[36] Si tratta della situazione prevista dal *Decretum*, D. LXVI, c. 1, di cui si è detto poco sopra.

[37] Secondo Edoardo Ruffini, «per circa undici secoli la Chiesa non conobbe quasi altra forma di manifestazione del volere collettivo, se non l'unanimità». Cfr. E. RUFFINI, *La ragione dei più*, cit., p. 44.

non assimilabilità: «i due princìpi ... hanno diverso fondamento, diversi presupposti, diverse finalità», e se il *quod omnes tangit* ha una valenza democratica, l'*unanimitas*, espressione di quell'*unitas ecclesiae* in cui i singoli scompaiono misticamente nella totalità del *corpus*, ha piuttosto coloritura ierocratica[38].

Alla base del principio del *Quod omnes tangit* applicato ai beni comuni troviamo dunque una lontana disposizione giustinianea riguardante tutt'altra materia, e poi una regola di portata generale del diritto canonico[39]. Possiamo nondimeno supporre che dietro o accanto a tale legittimazione formale ve ne fosse un'altra: una non scritta da nessuna parte se non nella mentalità stessa dell'uomo medievale. Ci troviamo infatti di fronte, credo, ad un elemento non accidentale della cultura giuridica popolare, un aspetto di quel «moto associativo», per usare l'espressione di Francesco Calasso[40], che pervase la civiltà medievale. I *libri iurium*, gli statuti comunali e le raccolte di deliberazioni assembleari della prima e piena età comunale colgono e testimoniano chiaramente momenti sia dello spirito associativo in generale, che del principio del *consensus omnium* in particolare[41]. Pensiamo alle sottoscrizioni collettive degli atti più importanti riguardanti le comunità, alle larghissime assemblee chiamate a decidere le maggiori questioni, tra cui anche la precisazione delle modalità di sfruttamento del territorio e delle sue risorse naturali. La storiografia, spesso enfatizzando gli aspetti oligarchici della vita comunale (aspetti beninteso evidenti e certamente di rilievo), ha forse mancato, talvolta, di porre nel dovuto risalto che questi convivevano con altri di altrettanto evidente portata democratica, in un intreccio diverso a seconda delle varie realtà e dei vari periodi[42]. E se in molti Comuni cittadini, com'è stato detto, il «governo largo» residuò ad una «tenue facciata giuspubblicistica posta a

[38] Cfr. P. GROSSI, *Unanimitas*, cit., p. 319. In dottrina vi è tuttavia anche chi non vede l'*unanimitas* ed il *Quod omnes tangit* come due princìpi diversi: cfr. A. BETTETINI, *Riflessioni storico-dogmatiche*, cit., p. 672 nota 90.

[39] Di portata così generale da essere riferita al campo puramente sostanziale privatistico, a quello processuale, a quello più vasto giuspubblicistico, come mostra A. BETTETINI, *Riflessioni storico-dogmatiche*, cit., pp. 645-679.

[40] Cfr. F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, Milano 1965, p. 95.

[41] Sulla tipologia di queste varie fonti documentarie cfr. il quadro di sintesi di P. CAMMAROSANO, *Italia medievale. Struttura e geografia delle fonti scritte*, Roma 1991, pp. 125-174.

[42] Equilibrata la lettura di A.I. PINI, *Città, comuni e corporazioni nel Medioevo italiano*, Bologna 1986, p. 152.

coprire l'azione dei potenti»[43], dobbiamo nondimeno riconoscere che in ben più numerose realtà, anche non esclusivamente rurali, esso continuò a rispondere, ancora vari secoli dopo la fine della cosiddetta «età comunale», alle esigenze di una radicata cultura giuridico-istituzionale, pure se in un ambito circoscritto (ma tutt'altro che irrilevante) come quello dell'amministrazione locale, implicante una notevole potestà normativa.

È difficile, proprio come per gli usi civici, dire se questi tratti della cultura giuspolitica risalgano a quelle concezioni germaniche che investirono in profondità la penisola italiana nell'alto medioevo[44], siano invece esclusivamente il frutto di nuove situazioni sociali e istituzionali delineatesi dall'XI-XII secolo o, ancora, continuino in qualche modo modelli organizzativi dell'età antica[45]. È probabile forse che nuove situazioni sociali abbiano incanalato in forme nuove tradizionali propensioni associative e comunitarie anche di remota ascendenza. Ma non mi sentirei di escludere a cuor leggero neppure un influsso della cultura religiosa[46] e della prassi

[43] G. CHITTOLINI, *La formazione dello Stato regionale e le istituzioni del contado*, Torino 1979, p. 7.

[44] Per il mondo germanico appaiono significative già le prime, notissime, testimonianze di CESARE, *De bello gallico*, VII, 1 e TACITO, *De origine et situ Germanorum*, XI. Altre fonti indica E. RUFFINI, *La ragione dei più*, cit., p. 46, nota 56 e p. 222. I vari momenti associativi della tradizione germanica, come la *Sippe*, il *Bund*, la *Gefolgschaft*, la *Gilde*, la *Genossenschaft* sono illustrati in un ricco quadro di sintesi da M. SCOVAZZI, *Scritti di storia del diritto germanico*, I, Milano 1975, pp. 201-264.

[45] Sulla persistenza nel medioevo di aspetti della cultura istituzionale romana cfr. G. LOBRANO, *La respublica romana, municipale-federativa e tribunizia: modello costituzionale attuale*, in «Diritto e Storia», 3, 2004, in www.dirittoestoria.it. Si dovrà nondimeno tenere presente che le Curie del mondo municipale romano del basso Impero spesso residuavano ormai ad espressione di un ristretto ceto di grandi possidenti terrieri ed erano impegnate soprattutto in funzioni di imposizione fiscale. Inoltre sembra che esse andarono generalmente scomparendo nel corso dell'alto medioevo. Il discorso, però, si fa più complesso per le circoscrizioni minori ed è forse proprio nelle campagne, nelle zone montane e meno raggiungibili che aspetti istituzionali antichi poterono talora conservarsi. Sulla questione mi permetto di rinviare, anche per qualche indicazione bibliografica, al mio scritto *Origini e continuità medievale del comunitarismo rurale: alcuni problemi storici aperti*, in «Studi Senesi», 120, 2008, 1, pp. 7-50.

[46] Vi è, in storiografia, chi ha visto un legame tra il comunitarismo medievale religioso e quello laico (nel senso che il primo avrebbe favorito il secondo), come R. CELLI, *Il principio del potere popolare nella genesi dei Comuni italiani*, in *Poteri, assemblee, autonomie. Il lungo cammino verso la sovranità popolare*, Miscellanea in memoria di Roberto Celli, Scritti di Celli, D'Agostini, De Biasio, Leicht, Menis, Mor, Perusini, Tagliaferri, Targhetta, Verri, Zago (Istituto di Storia dell'Università di Udine. Serie monografica di Storia moderna e contemporanea, 21), Udine 1989, pp. 52-55.

istituzionale ecclesiastica degli ambienti episcopali e monastici[47], che intrecciavano in molti modi la loro vita con quelli delle comunità laiche locali: si ricordi, ad esempio, che spesso, nelle città come nei villaggi, le assemblee comunali più ampie – le stesse che gestivano i beni comuni – si riunivano per motivi di spazio proprio in chiesa e che non di rado erano ecclesiastici locali a produrre e conservare le carte della comunità.

I giuristi medievali, come accadde in altri casi (il più emblematico è quello della categoria del dominio utile)[48], dettero veste giuridica romana a qualcosa che romano necessariamente non era, eppure era così presente e radicato – e dunque doverosamente da considerare – nella prassi del loro tempo. Vestire di romanità significava, a partire dal XII secolo, trasporre prassi ed istituzioni in un linguaggio giuridico universale, voleva dire inoltre caricarli di una nuova pesante *auctoritas* legittimante, salvandoli dalla precarietà che la dimensione puramente consuetudinaria poteva assumere in un mondo in rapida trasformazione. E poco importa se, allo scopo, si piega il testo di una costituzione imperiale indirizzata a disciplinare tutt'altra materia.

Il giurista è ormai educato ed abituato a vedere nel diritto romano il diritto per eccellenza e legge i fenomeni giuridici alla luce di quei concetti, di quelle categorie, di quella terminologia. È questo un aspetto tutt'altro che secondario dell'attività di *interpretatio*, con cui, com'è noto, si ricava la disciplina di un caso non previsto da quella di una diversa fattispecie determinata dal diritto romano, sulla base dell'individuazione di una medesima *ratio*[49]. Ma i *motivi* che portavano ad interpretare estensivamente certe norme giustinianee e non altre e che determinavano la direzione verso cui tendere l'elasticissimo tessuto legislativo, rimangono di regola in ombra negli scritti dei giuristi. Tra questi motivi potevano esservi, come crediamo nel nostro caso, elementi spirituali della cultura popolare che agivano come una forza nascosta nell'enunciazione di principi apparente-

[47] Pensiamo alle stesse pratiche in uso presso i grandi ordini dei Domenicani e dei Francescani: cfr. H.M. STAMM, *I consigli nella legislazione dell'ordine dei Frati Minori nei primi tre secoli*, in A. CIANI - G. DIURNI (edd), *Esercizio del potere e prassi della consultazione*, cit., pp. 245-251. Del resto anche la regola benedettina imponeva all'abate, se non di ricercare un consenso generale, almeno di consultare tutti i confratelli per le questioni più rilevanti, come osserva A. MARONGIU, *Il parlamento in Italia*, cit., p. 50.

[48] Cfr. P. GROSSI, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali* (Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno, 41), Milano 1992, p. 247.

[49] *Ubi eadem ratio ibi idem ius*, si diceva. Sull'*interpretatio* e la sua non assimilabilità all'odierna interpretazione cfr. S. CAPRIOLI, *Interpretazione nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto delle discipline privatistiche, IV edizione, Sezione civile*, 10, Torino 1987, p. 13.

mente sorretti solo dal diritto romano o dal diritto canonico. Ma dietro, per dirla con Savigny, vi è l'impronta del *Volksgeist*, di cui il giurista si fa interprete, pur attraverso un'opera non piccola di mediazione. E così nell'esperienza giuridica medievale del diritto comune, il diritto romano è, per così dire, piegato dalla forza di gravità di consuetudini, prassi e mentalità di diversa radice e natura[50].

Così, il principio del *consensus omnium* (e dunque del *Quod omnes tangit*) applicato alla gestione dei beni comuni era probabilmente un principio già radicato nelle consuetudini delle popolazioni che, ad un certo punto (quando e come rimane da approfondire, e non può essere questa la sede), si traveste per assicurarsi dignità ed accoglimento indiscussi.

È nel Duecento che compaiono e si moltiplicano le citazioni della formula del *Quod omnes tangit* nei più diversi contesti[51]. Nell'*Oculus pastoralis* (un trattatello, probabilmente del 1222, sul governo comunale) l'ignoto autore scrive che le *communitates locorum* radunano a consiglio il maggior numero di persone in ossequio alla regola che «quod omnes tangit ab omnibus comprobari debet»[52]. Varie curie generali dell'Impero (come nel 1222, nel 1244 e nel 1274) furono convocate richiamando più o meno direttamente, ma inequivocabilmente, il principio[53], così come un parlamento inglese del 1295[54]. La massima è espressamente richiamata,

[50] Credo che il nostro caso confermi e metta bene in evidenza che il diritto comune medievale-moderno non rappresentò affatto una seconda vita del diritto romano o soltanto un diritto romano 'ammodernato', ma nel diritto comune accanto all'elemento di base, *necessario*, della compilazione giustinianea, vi era, e non era certo di minor importanza, quello giurisprudenziale volto sia all'adeguamento delle norme romane ai nuovi tempi, sia al conferimento di vesti formali romane ad istituti del tutto estranei.

[51] Cfr. Y. CONGAR, *Quod omnes tangit*, cit., pp. 230-243; A. MARONGIU, *Il parlamento in Italia*, cit., pp. 44-45.

[52] Più precisamente si legge nel testo: «Ex adverso comunitates locorum multos vocant et eligunt ad Conscilia terrae suae, inherentes forte regnis [regulis?] illis, quibus quod omnes tangit, ab omnibus comprobari debet, ut ubi bonum, ibi emolumentum»; D. FRANCESCHI (ed), *Oculus pastoralis pascens officia et continens radium dulcibus pomis suis* (Memorie dell'Accademia delle Scienze di Torino. Classe di scienze morali, storiche e filologiche, serie IV, n. 11), Torino 1966, p. 70, *sub* cap. 5, § *De Conscilio et consciliariis*. L'*Oculus* condensa mirabilmente gli elementi di legittimazione del nuovo potere comunale, come ha osservato D. QUAGLIONI, *Politica e diritto ai tempi di Federico II. L'«Oculus pastoralis» (1222) e la «sapienza civile»*, in *Federico II e le nuove culture*, Atti del convegno, Spoleto 1995, pp. 1-26.

[53] Cfr. A. MARONGIU, *Il principio della democrazia e del consenso*, cit., p. 557.

[54] *Ibidem.*

come ha osservato il Leicht, in una deliberazione fiorentina del 1284[55]. Siamo, anche qui, prima dell'elevazione del principio a regola generale del *Liber Sextus,* e dunque probabilmente si deve alla citata decretale innocenziana la larga diffusione della formula tra metà Duecento e metà Trecento, sia in Italia che Oltralpe (Inghilterra compresa), adoperata sia da pratici che da teorici in importanti dibattiti su aspetti istituzionali[56], tanto che gli storici vi hanno scorto già il trapasso del principio dal diritto privato al diritto pubblico-costituzionale[57]. Non si può escludere neppure che tale fortuna, come ritiene ancora il Leicht, si debba anche alla politica della Chiesa volta a sostenere le autonomie e le libertà cittadine in funzione anti-imperiale[58]. E neppure si può escludere – è osservazione del Congar – che un peso lo abbia avuto la riscoperta duecentesca del pensiero politico di Aristotele[59].

La regola del *Liber Sextus* invece non fu, certamente, estranea al perpetuarsi della formula in tempi più tardi, sia in scritti dottrinali (come esemplarmente nel parere del Sordi)[60], sia in testi legislativi generali (come le Costituzioni Egidiane)[61], sia in statuti comunali, come quello del 1522 del Comune di San Mauro (in Romagna), dove si legge:

[55] Cfr. P.S. LEICHT, *Un principio politico medievale*, cit., p. 137.

[56] *Ibidem*, pp. 134-135, 139. Cfr. anche A. MARONGIU, *Il parlamento in Italia*, cit., p. 44.

[57] Cfr. Y. CONGAR, *Quod omnes tangit*, cit., p. 243.

[58] Scrive il Leicht: «Il principio della sovranità popolare, che aveva servito al papato durante tutto il secolo decimoterzo, per combattere l'impero, diviene nel XIV, com'è noto, un'arma usata dai difensori del potere dei principi laici contro le smisurate ambizioni del pontificato vincitore»; P.S. LEICHT, *Un principio politico medievale*, cit., p. 138.

[59] Cfr. Y. CONGAR, *Quod omnes tangit*, cit., pp. 258-259.

[60] Non mancano, come ha mostrato il Marongiu, numerosi riferimenti dottrinali trecenteschi e quattrocenteschi al principio, come nelle opere di Guglielmo Durante junior, Marsilio da Padova, Guglielmo di Ockham, Lupold von Bebenburg, Alvaro Pelayo, ed ancora del Gerson, del Cusano, del Favre. Cfr. A. MARONGIU, *Il principio della democrazia e del consenso*, cit., pp. 560-570.

[61] Al fine di ridurre i fenomeni di tirannide e prevaricazione signorile, la rubrica *De statutis et ordinamentis terrarum* impone di destinare i tributi all'utilità collettiva, «quia interest locupletes habere subiectos et sicut rationi congruit ut quod omnes tangit ab omnibus approbetur»; P. SELLA (ed), *Costituzioni Egidiane dell'anno 1357* (Corpus Statutorum Italicorum, 1), Roma 1912, p. 91. Nella versione in volgare del ms. Vat. Lat. 3939 edita dal Colliva si legge: «Anche perchel se convene a la ragione che quello chi tocha ad ognomo sia approbato da ognomo, molto è lontano da la ragione e da la drittura che altri, chi recoglienno quello che non anno mettuto ..., la quale cosa encontra quando li beni delle università o etiamdeo de le singulare persone, li quali beni provenone de le colte e de le gabelle e de le prestance e dative chi se cogieno per dricto o per non

«quia quod omnes tangit ab omnibus debet adprobari, quod in dicto loco sit et esse debeat publicum et generale arengum, perpetuo duraturum ... et esse debeat ad dictum arengum faciendum unus videlicet pro domo qualibet maior in familia de hominibus dicti loci et eius curia»[62].

Per inciso, il caso mostra come presso Comunità più piccole dei grandi centri cittadini forme di governo larghe poterono conservarsi ben oltre i confini di quella che suol indicarsi come «età comunale». Ho potuto constatare da fonti d'archivio che la maggioranza delle Comunità del territorio senese aveva ancora nel Seicento un'assemblea di un uomo per casa[63], e dunque non si può condividere la pur diffusa opinione, di matrice romantico-risorgimentale[64], che le larghe assemblee popolari ovunque scomparvero con il declinare della 'età comunale' per rinascere solo nell'età dei parlamenti moderni. Non si può condividere sia perché forme assembleari locali in moltissimi casi perdurarono per tutto l'Antico Regime, per essere soppresse proprio dallo Stato moderno democratico e liberale, sia perché la democrazia rappresentativa dei parlamenti moderni è qualcosa di profondamente diverso e non assimilabile alle istituzioni comunitarie pre-moderne.

*Liber Sextus* dunque importante nel consegnare al futuro una massima udita spesso nel Duecento europeo. In quella età, nel cuore del medioevo, è però assai più problematico indicare sicure filiazioni o derivazioni. L'eco della formula risuona in ambienti diversi ed è difficile dire dove la voce si è alzata per prima. Quello che sembra tuttavia aver donato una vita assolutamente nuova alle lettere morte e rinsecchite di una legge bizantina vecchia di secoli, fu probabilmente non solo l'iniziativa di un Papa o l'ingegno di un giurista, ma, ripetiamo, anche lo spirito della società

dritto, a quelli li quali, come tauri tra le vacche, di populi per aventaglio de possança o per impressione di tyrania si sè tirano et usurpano questi beni cusì facti, noi adunque, volendo provedere a cusì facte inconvenientie et altereççe ... statuimo et ordennamo che nessuno, de che condicione el se sia, alcuni beni mobili o immobili o peccunie, le quali de dative, colte, prestançe o gabelle ... possa tore per sè o per altri ... sel non serà prima conceduto da tutta la comunità et università, no per modo de consiglio speciale o generale, ma per modo de parlamento generale ...»; P. Colliva, *Il cardinale Albornoz, lo Stato della Chiesa, le «Constitutiones aegidianae» (1353-1357), con in Appendice il testo volgare delle Costituzioni di Fano dal ms. Vat. Lat. 3939* (Studia albornotiana, 32), Bologna 1977, p. 581.

[62] O. Delucca, *San Mauro fra Medioevo e Età moderna. Note storiche e edizione degli Statuti*, Verucchio 1994, p. 104, *sub* I dist., rubr. 5.

[63] Cfr. A. Dani, *I Comuni dello Stato di Siena e le loro assemblee (secc. XIV-XVIII). I caratteri di una cultura giuridico-politica* (Documenti di Storia, 27), Siena 1998, *passim.*

[64] Cfr. ad esempio F. Calasso, *Gli ordinamenti giuridici*, cit., p. 198.

del tempo, uno spirito nuovo che aveva tuttavia felicemente assimilato tradizioni germaniche, religiosità cristiana e cultura civica antica. Che l'influsso dello spirito complessivo della società fosse stato determinante per la vitalità del principio era stato già, del resto, lucidamente intuito da Paul Viollet[65], e poi efficacemente espresso da Antonio Marongiu, che scriveva:

«il principio giuridico e politico che trova la sua espressione nella fortunata massima *Quod omnes tangit* ... non era né un fiore di serra, oppure un fioretto di retorica, né l'elucubrazione di pensatori ermetici e lontani dalla realtà; ma l'espressione fortunata e però realistica di una diffusa e seguita concezione di vita associata ed anzi dello spirito del tempo»[66].

Ma torniamo a seguire il *consilium* del Sordi per vedere quali altri princìpi si ritenessero da attendere nella regolamentazione dei beni comuni.

Dopo il *consensus omnium* viene subito all'attenzione un'altra grande protagonista della cultura giuridica popolare pre-moderna: la consuetudine. Per il Sordi i Consiglieri, ancorché con il consenso del Rettore (cioè del magistrato locale), non avrebbero potuto interdire ai cittadini ed agli abitanti l'uso dei pascoli che godevano da lungo tempo:

«Et in specie, quod decuriones cum consensu rectoris non possint usum pascuorum interdicere civibus et incolis qui eis uti longo tempore consueuerunt, nec possint certis

[65] Cfr. P. VIOLLET, *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, II, Paris 1898, p. 199.

[66] A. MARONGIU, *Il principio della democrazia e del consenso*, cit., p. 556. L'Autore si occupò in vari studi del *Quod omnes tangit* come principio politico generale, trascurando però le sue applicazioni in campo amministrativo, che invece a noi qui soprattutto interessano. Dall'angolo visuale prescelto, il Marongiu ricollega la fortuna del principio in questione alla 'dottrina della collaborazione' implicita nei meccanismi medievali di governo. Giustamente osserva che il compito del sovrano medievale «era quello di capo e di guida, non quello di dominatore. Per grande che il suo ascendente ed anche la sua potenza di comando fossero stati, la consapevole e volenterosa collaborazione dei sudditi costituiva lo strumento di successo e non solo più efficace, ma più facile a maneggiare. Questa dottrina della collaborazione e del consenso era dunque a portata di mano, non una creazione di pensatori ermetici e lontani dalla realtà, ma un dato della stessa comune esperienza. A un certo punto, si cominciò ad ammettere, a credere, a scoprire e a riconoscere che si trattasse anche di un principio giuridico ...», e fu facile trovarne la formula nel grande serbatoio giustinianeo; A. MARONGIU, *Il parlamento in Italia*, cit., p. 34. Si tratta di riflessioni condivisibili, a cui possiamo solo aggiungere una piccola considerazione. L'Autore ipotizza un passaggio da una dimensione di opportunità e convenienza alla piena giuridicità: ma in una realtà, come quella medievale, dominata dalla consuetudine, è un vero problema indicare il momento di quel passaggio, che significherebbe nient'altro che indicare la nascita stessa della consuetudine (che già è pienamente diritto). Il 'salto di qualità' dell'individuazione di una formula precisa formalizzata da connettere alla prassi consuetudinaria non è dunque da identificare con l'ingresso nella piena giuridicità.

eos claudere limitibus, uoluit Didac. lib. 1 variar. resol. c. 17 num. 11[67], versi. si rector civitatis, allegat Bar[tolus][68] in l. toties § 1 ff. de pollicitat[ionibus][69] et in l. ambitiosa num. 12 ff. de decret[is] ab ordin[e] facien[dis][70], ubi dicit quod facultas concessa a populo reformatoribus communis, intelligi debet, ut ea utantur moderate, et cum discretione»[71].

Limitare l'antica consuetudine del pascolo collettivo sarebbe stato inoltre contrario alla pubblica utilità, perché il bestiame pascolando nel periodo invernale concima il terreno e lo rende più fertile:

«Secundo, dictum statutum est reipublicae perniciosum, quia pecudes et animalia minuta non utuntur pascuis, nisi hiemali tempore, et ea producerent grandiorem, et pinguiorem herbam, si dictae pecudes admitterentur, quia in illis herbando, et depascendo stercorizant, et impinguant, ut per eum uideri potest. Confirmatur haec sententia, quia semper a longissimo tempore citra, homines loci tenuerunt pecudes, atque eas miserunt in pascua, atque etiam in praedia priuatorum hiemali tempore, nec unquam per communitatem, uel priuatos fuit contradictum, et ideo non potest nunc Communitas prohibere, ne hi iuxta solitum pascuis publicis utantur, quia nihil fieri potest, per quod ius depascendi competens particularibus deterior fiat[72] ...

Et pro hoc quoque facit tex. l. 1 C. de pascuis publ[icis] lib. 11[73], ubi dicitur, quod decuriones non possunt pro sua libidine, et uoluntate formam depascendi alterare, quam

[67] D. Covarruvias, *Variarum resolutionum iudicarum ... liber primus*, Francofurti 1573, cap. 17, n. 11.

[68] Bartolo da Sassoferrato, *In secundam Digesti novi partem*, Venetiis 1575, cc. 228rb-228va; 225vb-226rb.

[69] *Dig.* 50.12.6.

[70] *Dig.* 50.9.4.

[71] G.P. Sordi, *Consilia*, cit., cons. 65, n. 11, cc. 185rb-185va.

[72] Continua: «ut est text. in l. sed et si quid, § sed nec seruitus, cum l. seq. ff. de usufr[uctu] [*Dig.* 7.1.25], ubi dicitur, quod proprietarius non potest invito usufructuario fundo seruitutem imponere, per quod ususfructus conditio fiat deterior ... et per haec iura inquit Caepoll. de seruit. rustic. praed. cap. 9, de ser. iur. depas. col. 13 [B. Cipolla, *Tractatus de servitutibus tam urbanorum quam rusticorum praediorum*, Lugduni 1688, tract. II, cap. 9, pp. 392-393], quod dominus praedij non potest in praeiudicium eius, qui habet ius depascendi, mutare formam praedii seruientis, et pascua reducere ad culturam, ad prata, uel uineas ... Quod ei qui habet depascendi ius in alterius praedio, licet propria authoritate destruere clausuram, quam fecit dominus fundi seruientis, quia nihil aliud est quam tollere impedimentum et remouere obstaculum»; *ibidem*, nn. 12-13. Si noterà che qui il giurista richiama la disciplina romanistica dell'usufrutto e della servitù prediale non perché il pascolo collettivo rientri effettivamente in tali fattispecie, ma perché vi sarebbe, qui come là, la *ratio* comune di tutelare chiunque abbia propri autonomi diritti su di un fondo. Nella costruzione dell'istituto dell'uso civico, per le sue peculiarità estraneo alla compilazione di Giustiniano, si estendono *rationes* in questa contenute: lo *ius proprium* consuetudinario così riceve un'interpretazione estensiva passiva da parte dello *ius commune*.

[73] *Cod.* 11.61(60).1.

statuit antiquitas, nec ualent solitam augere pensionem ... et quod non valent noua pacta, quae officiales deputati ad uenditionem gabellarum apponunt contra solitum modum ... quia eis censetur concessa potestas uendendi iuxta solitum modum et non aliter».

*Statuit antiquitas*[74]: il tempo può scrivere le modalità di fruizione dei beni comuni: è la forza della consuetudine inveterata che si impone anche sulla volontà degli ufficiali comunali. È un'attestazione ulteriore, che si aggiunge a moltissime altre, della vitalità della fonte consuetudinaria non solo nell'età di mezzo, quando rappresentò a lungo la fondazione, la costituzione, e poi «una delle ossature portanti» dell'intero ordine giuridico[75], ma anche per tutto l'Antico Regime[76].

Si noterà pure, per inciso, che la difesa del livello giuridico consuetudinario ha rappresentato, in ogni epoca e realtà, un'arma delle comunità locali contro le tendenze egemoniche del potere centrale ed il controllo delle sue magistrature[77]. Ed anzi, come è stato osservato dagli antropologi, esiste un nesso preciso tra oralità giuridica e dimensione comunitaria. Per Norbert Rouland «l'oralità giuridica è un modo di comunicazione che favorisce la formazione di un modello di relazioni sociali che non è né individualista, né collettivista, ma comunitario»[78], essa richiede infatti la partecipazione e la collaborazione del gruppo sociale e vitali meccanismi comunicativi interpersonali all'interno del gruppo, non indispensabili invece con il diritto scritto, che ben altrimenti si presta ad una gestione elitaria ed autoritaria. E questi caratteri delle consuetudini mostrano tutta la loro

[74] È l'espressione, ripresa dal Sordi, che chiude la costituzione di *Cod.* 11.61(60).1. Occorre precisare che detta costituzione vieta di aumentare la *pensio* tradizionalmente dovuta per la pastura del bestiame «in pascuis saltibusque rei privatae», ossia del Principe (come riconosce la stessa glossa *Cum nulla* dell'apparato accursiano), senza il consenso dell'Imperatore stesso. È evidente che si tratta di una situazione giuridica diversa da quella dei pascoli livornesi, e tuttavia assimilata nell'*interpretatio* del giurista.

[75] Cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma - Bari 1995, pp. 87-94, 182-190, in particolare p. 183. Cfr. anche le considerazioni di D. QUAGLIONI, *La consuetudine come costituzione*, in P. NERVI (ed), *Dominii collettivi e autonomia*, Atti della V Riunione Scientifica (Università degli Studi di Trento. Centro studi e documentazione sui demani civici e le proprietà collettive, 5), Padova 2000, pp. 21-40.

[76] Cfr. R. GARRÉ, *Consuetudo. Das Gewohnheitsrecht in der Rechtsquellen- und Methodenlehre des späten ius commune in Italien (16.-18. Jahrhundert)*, (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 183) Frankfurt a.M. 2005. Per il pensiero del De Luca su questo tema cfr. il mio *Un'immagine secentesca del diritto comune. La teoria delle fonti del diritto nel pensiero di Giovanni Battista De Luca* (Archivio per la storia del diritto medioevale e moderno, 13), Bologna 2008, pp. 145-155.

[77] Cfr. N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, cit., p. 339.

[78] *Ibidem*, p. 195.

importanza proprio nella gestione dei beni comuni, in cui ingerenze esterne e del potere superiore o centrale sono sempre perennemente in agguato.

Altro importante principio che il Sordi indica nell'amministrazione dei beni comuni è che la deliberazione comunale debba essere *iusta*, e quindi ad esempio non cadere in pregiudizio delle singole persone:

«Cum igitur tale statutum noceat particularibus personis, uenit officio iudicis rescindendum, l. qui se grauatos C. de censib[us et censitoribus ...], lib. 11[79], et contra statutum hoc modo particularibus perniciosum competit actio, uel etiam exceptio doli, l. 1 § fi. ff. de except[ione] doli[80], et dicit Bald[us de Ubaldis] in c. 2 de iureiu[rando] non ualere statutum, cui inest dolus, et secundum eum semper dicitur dolus inesse, quando tendit in praeiudicium singularium personarum, lex enim debet esse iusta c. erit autem lex 4 distinctio[81], et quidquid sit contra ius alicui quaesitum dicitur iniquum et contra ius, et non ualet, l. quoties C. de prec[ibus] imp[eratori] offer[endis]»[82].

Ed ancora:

«ad ualiditatem statuti, nedum requiritur uoluntas statuentium, sed etiam potestas ...

Sed respectu potestatis alia sunt necessaria, nempe, quod statutum sit iustum, et honestum, ut in d. c. erit autem lex[83], et ideo si non sit tale, non ualebit, etiamsi omnes decuriones nemine discrepante conuenissent. Hoc uero statutum, de quo sermonem habemus, est iniustum, quia factum in odium particularium, qui consueuerunt pecudes tenere, et quia est contra utilitatem»[84].

Ancora si invoca il diritto canonico, tramite uno dei luoghi più noti del *Decretum* di Graziano[85], per richiamare una convinzione centrale nella cultura giuridica medievale e, in parte, ancora di Antico Regime: non basta che una legge sia posta da chi detiene pur legittimamente il potere, ma occorre, affinché abbia vigore, anche che sia giusta[86]. E qui la giustizia

[79] *Cod.* 11.59(58).5.

[80] *Dig.* 44.4.1. Più precisamente, il titolo del Digesto richiamato è: *De doli mali et metus exceptione.*

[81] *Decretum Magistri Gratiani*, D. IV, c. 2.

[82] *Cod.* 1.22.2; G.P. Sordi, *Consilia*, cit., cons. 65, n. 9, c. 185rb.

[83] *Decretum Magistri Gratiani*, D. IV, c. 2.

[84] G.P. Sordi, *Consilia*, cit., n. 14, c. 185vb.

[85] Che, riprendendo Isidoro di Siviglia, *Etymologiae*, II, 10, § 6, ammonisce che la legge deve essere «honesta, iusta, possibilis, secundum naturam, secundum patriae consuetudinem, loco temporique conveniens, necessaria, utilis, manifesta» e fatta per il bene comune.

[86] Cfr. P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma - Bari 2007, p. 41. La principale bibliografia sul tema è indicata da A. Celotto - E. Conte, *Legge*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, 4, Milano 2006, p. 3387.

è individuata nel rispetto dei preesistenti diritti dei comunisti, che sembrano dunque caratterizzati da un fondamento superiore alle contingenti necessità del Comune che legifera.

Dati i propositi del parere, rimane in ombra un altro pur importante principio nell'amministrazione dei beni comuni: quello dell'approvazione delle statuizioni dei Comuni soggetti da parte dell'autorità superiore, peraltro necessaria in questa come in ogni altra materia. All'inizio del *consilium* il Sordi ci informa tuttavia che la deliberazione del Consiglio comunale di Livorno Piemonte era stata confermata *ab excellentissimo Senatu* (verosimilmente di Torino), anche se questo ovviamente rappresentava un fatto scomodo per dimostrare, come ci si proponeva, l'antigiuridicità della deliberazione.

Su quest'ultimo aspetto non rimane qui da aggiungere granché, se non per ricordare che già nel tardo medioevo e poi in misura crescente in età moderna, un po' ovunque la facoltà delle comunità di gestire e disporre delle proprie risorse incontrò limitazioni poste dall'autorità superiore (Principe o città dominante che fosse), anche con la finalità di mantenere la capacità contributiva ed evitare rovinose dilapidazioni dei beni comunali. Le Comunità mantennero la titolarità dei loro beni e dei loro diritti, vennero però assimilate alle persone incapaci di agire bisognose di un tutore per compiere i propri atti dispositivi[87]. Questo, si può osservare per inciso, in varie realtà, come in Toscana e nello Stato della Chiesa, giocò spesso a favore della conservazione dei beni comuni, grazie alla paternalistica attenzione di magistrature centrali come i Nove Conservatori a Firenze, i Quattro Conservatori a Siena e la Congregazione del Buon Governo a Roma[88]. Diverso è il caso della Repubblica di Venezia, dove tra la metà del Seicento e gli anni venti del Settecento la Serenissima procedette ad un'intensa attività di spoliazione ed alienazione dei beni delle Comunità soggette per far fronte alle spese belliche a difesa dei possedimenti d'oltremare[89].

[87] Su questi temi mi sia consentito rinviare, anche per i riferimenti bibliografici, al mio *Usi civici*, cit., pp. 451-465.

[88] *Ibidem*, pp. 461-465.

[89] Su queste vicende cfr. il recente e documentato studio di S. BARBACETTO, *«La più gelosa delle pubbliche regalie»: i «beni comunali» della Repubblica Veneta tra dominio della Signoria e diritti delle Comunità (secoli XV-XVIII)*, (Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti. Memorie Classe di Scienze morali, Lettere ed Arti, 124) Venezia 2008.

## 4. *Qualche breve considerazione sul rapporto tra dottrina e prassi locale*

Il parere del Sordi concentra dunque vari princìpi destinati a circolare e ad essere costantemente richiamati per tutta l'età moderna. Se invece diamo un'occhiata alle prassi locali testimoniate dagli statuti, dalle deliberazioni consiliari e dagli altri documenti d'archivio molta della nitidezza dei princìpi disegnati dalla dottrina svanisce e ci troviamo di fronte, spesso, ad un quadro ben più eterogeneo. Tale varietà di prassi amministrative locali altro non era, del resto, che la inevitabile conseguenza del forte pluralismo giuridico che contrassegnò non solo l'esperienza giuridica medievale, ma anche quella dell'età moderna, fino alla codificazione ottocentesca.

Né la dottrina romanistica, né gli Stati territoriali di Antico Regime riuscirono mai ad uniformare completamente le regole di gestione dei beni comuni. Crediamo significativa ed inequivocabile la testimonianza di uno dei maggiori esperti della materia nel tardo Seicento, Giovanni Battista De Luca[90], che scrive:

«Ancorché dalla legge civile vengano ordinate molte solennità per l'alienazione de' beni delle comunità ..., tuttavia molto rari e forse niuni sono i casi, ne' quali in questa materia si abbia da camminare con la sola disposizione delle suddette leggi[91]: attesoché per la gran divisione de' principati e dei dominj, la quale particolarmente in Italia, e nelle altre parti d'Europa, è seguita dopo la compilazione di queste leggi, non vi è forse luogo, il quale sopra ciò non viva con le sue leggi o consuetudini particolari, le quali così in questa, come in ogni altra materia, prevalgono alle suddette leggi chiamate comuni ...[92]. Che però non vi si può dare una regola certa e generale applicabile a tutti i paesi, ed a tutte le comunità, anche di uno stesso principato o dominio, dentro il quale suol essere ancora una notabile diversità di leggi o di stili, de' quali è impossibile il potere distintamente discorrere[93]; sicché nelle occorrenze la decisione di ciascun caso dipenderà dalle

[90] De Luca, com'è noto, ha stilato in materia di usi civici una serie di pareri, inclusi nella prima parte del IV libro *De servitutibus* del *Theatrum*, che sono presto divenuti punti di riferimento indiscussi nella dottrina successiva.

[91] Con la locuzione «leggi civili» si indica ovviamente il diritto romano giustinianeo.

[92] Si tratta, questa, di una considerazione che De Luca ripete con insistenza e che trova nel *Theatrum* uno sviluppo accurato e puntiglioso, a monito degli ingenui accademici, ignoranti della vita quotidiana del diritto, che identificano il diritto vigente con il *Corpus iuris civilis*, non immaginando neppure in che misura esso venga derogato da consuetudini locali, statuti, diritto canonico, interpretazioni dottrinali, giurisprudenza di tribunali. «Delle dieci parte di quel che si pratica – scrive nella *Difesa della lingua italiana*, Roma 1675, pp. 35-36 – forse appena una sola nasce dalla chiara ed espressa disposizione delle suddette leggi antiche comuni». Sul tema sia consentito rinviare al mio scritto *Un'immagine secentesca del diritto comune*, cit., pp. 75-83.

[93] Quest'affermazione, in sintonia con numerosi indizi e testimonianze d'ogni genere, dovrebbe indurre prudenza nel fare del concetto di *diritto patrio* una chiave interpreta-

leggi o dalle consuetudini del luogo, e secondo le interpretazioni che a loro si siano date dai savi, ovvero dai tribunali del medesimo paese»[94].

In effetti, se esaminiamo le testimonianze di quanto accadeva all'interno dei palazzi comunali, vediamo una libera alternanza del principio del *consensus omnium* con quello della *maior pars*, vediamo comparire svariati tipi di maggioranze qualificate ed organi deliberanti formati nei più diversi modi[95]. In base alla documentazione d'archivio relativa al territorio senese di età medicea si potrebbe affermare che il principio del *Quod omnes tangit* fu spesso disatteso, e che non di rado si regolavano i beni comuni di fruizione collettiva con gli stessi meccanismi deliberativi usati per gli altri beni del Comune[96]. Ma si tratta, come già ho cercato di chiarire[97],

tiva ovunque valida per comprendere l'esperienza giuridica degli Stati italiani di Antico regime, ipotizzando uniformità di là da venire, come certamente per lo Stato della Chiesa e la Toscana del Seicento. Cfr. ancora *Un'immagine secentesca del diritto comune*, cit., pp. 9-12, 101.

[94] G.B. De Luca, *Il Dottor Volgare, overo il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale nelle cose più ricevute in pratica*, II, Firenze 1840, lib. 7, cap. 8, p. 336, n. 1.

[95] Talora troviamo limpidamente e tassativamente prescritto il democraticissimo principio unanimitario, come nello statuto di Batignano (presso Grosseto) in vigore fino al pieno Settecento, dove si legge: «Anco fu proveduto per lo Consiglio solennemente che la bandita sia et essere s'intenda da durare in perpetuo, si che non si possa per veruno modo derogare, né fare contra, salvo che nel Consiglio d'un huomo per casa, et debbasi vincere in quello Consiglio a bossoli et lupini per tucti, et se ce ne mancasse uno del decto numero, et uno lupino di di tucti loro, derogare non si possa ... Et nella decta bandita possano stare et pascere bestie cavalline domate et asinine legate sença pena o bando, et altrimenti no ...»; Deliberazione aggiunta allo Statuto del Comune di Batignano 1373 (-1534), Archivio di Stato di Siena, *Statuti dello Stato*, n. 10, c. 64v. Altre volte emerge chiaro che anche in materia di beni comuni si segue il principio maggioritario, come nella vicinissima Montepescali per lo statuto del 1427, che recita: «Neuna bandita di Commune da Priori, Massari de le rendite, né da altri officiali di Commune si possa vendare, né dare licenzia a persona che con sue bestie pasturi, né in essa si possano bestie fidare, a la pena di soldi cento di denari da torre di facto a qualunque de' Priori o altro officiale contrafacesse o si ritrovasse a deliberare le predette cose, salvo che dal Generale Consiglio [*elettivo di 36 membri*], nel quale sta tutto l'arbitrio del Commune, fusse deliberato, nel quale caso si debba ad execuzione mectare ciò che da esso Consiglio sarà ordenato, prima però derogato a questo capitolo che esse bandite non si possano vendere et debbasi octenere per le tre parti de' Consiglieri che si troveranno in esso Consiglio»; I. Imberciadori (ed), *Statuti del Comune di Montepescali (1427)*, Siena 1938, p. 83, *sub* III dist., rubr. 97.

[96] Per i riferimenti alle fonti debbo ancora rinviare al mio *Usi civici*, cit., pp. 398-415.

[97] *Ibidem*. Cfr. anche A. Dani, *Pluralismo giuridico e ricostruzione storica dei diritti collettivi*, in «Archivio Scialoja-Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva», 1, 2005, pp. 61-84.

di un 'terreno minato' per lo storico, per la presenza di possibili consuetudini locali taciute dagli statuti o magari di raccolte di deliberazioni assembleari che non ci sono pervenute. In ogni caso, in questa materia, si impone una lettura attenta ed integrale degli statuti ed il confronto di questi, quando possibile, con le raccolte di deliberazioni consiliari e con ogni altro tipo di documentazione capace di testimoniarci la vita istituzionale del luogo.

Occorrerà sempre, infine, non sottovalutare, specie per quelle realtà e quei periodi più critici per gli equilibri comunitari, la ricorrenza, nella gestione dei beni comuni, di alienazioni illecite, usurpazioni, atti e comportamenti che in vario modo minacciavano la conservazione delle risorse collettive e, di conseguenza, una diffusa litigiosità. Non a caso i riformatori liberisti a partire dal secondo Settecento porteranno come uno dei principali argomenti per la privatizzazione dei beni comuni, accanto alla irrimediabile loro improduttività, quello di essere fonte di discordie: *communio est mater discordiarum*, come ognuno sa per esperienza. Nel clima acceso del dibattito sette-ottocentesco sui beni comuni – inevitabilmente acceso per i rilevantissimi risvolti economici, sociali e politici della questione – spesso si dimenticò però di distinguere la patologia dalla fisiologia di questi istituti, si dimenticò che essi si presentavano diversamente a seconda dei vari contesti, si trascurò di ponderare attentamente la valenza sociale, morale e culturale dei beni comuni, spesso non misurabile sul piano meramente economico (su cui invece sempre più spesso unicamente e ossessivamente si insisterà).

Il parere del Sordi riassume i plurisecolari principi *fisiologici* dell'amministrazione dei beni comuni, princìpi sorti dalla coscienza giuridica dell'uomo medievale in cui risaltano, evidenti, anche istanze di democrazia e solidarietà sociale[98]. Paradossalmente la semplificazione liberal-borghese eliminò – per quanto poté – proprio in nome della democrazia, della libertà e dell'uguaglianza un fenomeno – quello dei beni comuni – che aveva costituito per secoli quasi ovunque in Europa una concreta applicazione di tali princìpi.

[98] Sul nesso tra beni comuni e democrazia si vedano le condivisibili riflessioni di M. NICOLETTI, *Proprietà collettive e cultura della democrazia*, in «Archivio Scialoja-Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva», 1, 2005, pp. 85-99.

## 5. *L'impatto della modernità sui princìpi tradizionali*

Per secoli, certamente: magistrature giudicanti potevano richiamarsi al *consilium* del Sordi ancora nel Settecento. Lo abbiamo trovato citato, ad esempio, in una sentenza del 1706 della magistratura senese dei Quattro Conservatori, proprio a supportare il principio del *Quod omnes tangit*. Tale sentenza ribadiva che «non solo la Comunità come rappresentante l'Universale, ma ciascheduno di esso per il proprio interesse» poteva impugnare una decisione ingiusta, «non potendosi nei casi nelli quali l'utile s'appartiene *ad singulos*, *uti singulos*, pregiudicare ad alcuno senza il consenso di tutti legittimamente adunati (Surd. d. cons. 65, n. 17[99] cum aliis; Urceol. consult. cap. 76, n. primo[100])»[101]. A conferma del carattere giurisprudenziale, ancor più che legislativo, del diritto comune, si noti che il magistrato non cita, come avrebbe potuto, l'enunciazione di carattere generale del *Liber Sextus*[102], né il luogo originario (ma invero troppo ristretto e 'fuori tema') del *Codex Iustinianus*, ma l'*uso concreto* che la dottrina aveva fatto di quel principio nella specifica materia dei beni comuni.

E se esaminiamo le opere dei maggiori esperti della materia del tardo diritto comune, vediamo che nella sostanza i princìpi-guida della gestione dei beni comuni rimangono gli stessi, nonostante le crescenti ingerenze (tuttavia diverse da caso a caso) del potere centrale, a cui già abbiamo accennato. Riguardo al principio fondamentale del *consensus omnium* possiamo ricordare ad esempio il suo accoglimento, per tutto il Seicento, nelle opere di giuristi insigni come Giovanni Francesco Capobianco, Giovanni Battista De Luca e Marco Antonio Savelli. Per il Capobianco, «territoria destinata pro pascuis, nec universitas, nec baro poterit reducere ad culturam regulariter, nisi concurrentibus omnibus sollemnibus consensu civium» ed il fondamento del principio riposerebbe sulla l. *Per fundum* del Digesto (*Dig.* 8.3.11), ove si richiede, per l'acquisto di una servitù su un fondo appartenente a più persone, il consenso di ciascuna

[99] G.P. Sordi, *Consilia*, cit., cons. 65, cc. 185v-186r, n. 17.

[100] G. Orceoli, *Consultationes forenses rerum practicabilium et iudicatarum*, II, Coloniae Allobrogum 1733 (1662[1]), consult. 76, p. 100, n. 1.

[101] Archivio di Stato di Siena, *Quattro Conservatori*, n. 1598, fasc. causa *Placidi-Sasso di Maremma*. Più ampiamente cfr. il mio *Usi civici*, cit., pp. 409-411.

[102] Che aveva, come tutto il *Corpus iuris canonici*, una funzione sussidiaria-interpretativa nel sistema delle fonti del diritto comune, insieme allo *ius civile* romano.

di queste[103]. Similmente, per il De Luca, «cum hoc ius pascendi non concernat interesse civium in universum, sed interesse singulorum, non potest maior pars desuper statuere, ac minori dissentienti, praeiudicare, sed omnium consensus requiritur»[104]. Ed anche nella *Summa diversorum tractatuum* di Marco Antonio Savelli, si asserisce che «universitas non potest statuere de pascuis, nisi omnibus consentientibus»[105]. Fedele accoglimento del principio troviamo anche nella maggiore e più autorevole opera sui pascoli del tardo diritto comune, il trattato dello spagnolo Fernandez De Otero[106], ben conosciuto e assai utilizzato anche nella penisola italiana.

Questo non vuol dire, e lo abbiamo già visto, che a livello di prassi locali non esistessero diversificazioni anche rilevanti e che i princìpi dottrinali trovassero puntuale applicazione. Particolari fattori economico-sociali, ambientali, culturali, politico-istituzionali sicuramente produssero un panorama vario e frastagliato che, nondimeno, mostra di essere costantemente influenzato dalla dottrina. E non avrebbe potuto essere diversamente, per i legami, gli scambi, le intersezioni tra momento pratico e momento sapienziale nell'esperienza giuridica pre-moderna. La dottrina di diritto comune svolse un'opera importante nel fornire una ricostruzione di tipo generale capace di elevarsi al di sopra della babele di innumerevoli prassi e normative locali, tanto statutarie quanto consuetudinarie. Si trattò di un'opera spesso condotta all'insegna del compromesso e dell'adattamento (e talora della forzatura), ma che finì anche per dare ordine, stabilità, fondamento autorevole ad una materia intricatissima e non di rado dominata dalla confusione e dall'incertezza. Il giurista di diritto comune, anche in quest'ambito, altro non intese fare che il proprio mestiere ed attendere dunque al proprio compito, felicemente descritto dal Caravale,

«di coordinare diritto giustinianeo e mondo delle consuetudini, inquadrando quest'ultimo nelle categorie giuridiche, nei concetti, negli istituti che il primo aveva definito in maniera

[103] Cfr. G.F. Capobianco, *Tractatus de iure et officio Baronum erga vasallos burgenses seu mavis aurea commentaria super pragmaticis in titulis de Baronibus* (1603), Neapoli 1622, ad pragm. 11, p. 359, n. 2.

[104] G.B. De Luca, *Theatrum veritatis et iustitiae*, IV (1669), Venetiis 1734, disc. 41, p. 50, n. 4.

[105] M.A. Savelli, *Summa diversorum tractatuum*, IV (1686), Venetiis 1748, litt. U, § 19, p. 479, n. 47. Oltre agli autori citati cfr. anche N. Losa, *Tractatus de iure universitatum*, cit., pars 3, cap. 15, pp. 210-211, pars 3, cap. 1, pp. 127-128; P. Rendella, *Tractatus de pascuis, defensis, forestis, et aquis regum, baronum, universitatum, et singulorum* (1630), Neapoli 1734, pars 3, cap. 5, pp. 72-74; G.M. Novario, *Tractatus de vassallorum gravaminibus*, I (1635), Genevae 1686, cap. 33, p. 44.

[106] A. Fernandez De Otero, *Tractatus de pascuis*, cit., cap. 16, p. 68, nn. 21-23.

chiara e matura, in modo da conferire agli usi, in tal modo precisati, la stabilità e la certezza offerta dalla fonte nella quale Dio stesso aveva manifestato la propria volontà di giustizia e di ordine»[107].

Si trattava, aggiungiamo, di un'attività dal carattere prevalentemente propositivo, che non aveva, né pretendeva, di avere la forza vincolante, *necessaria*, della *lex* e dunque non poteva imporre uniformità dall'alto, alla stregua di un legislatore: di qui le persistenti peculiarità, le aporie, le deviazioni che il sistema consentiva[108].

Per osservare mutamenti rilevantissimi, rivoluzionari, occorrerà attendere la fine del Settecento (in certe particolari realtà, come la Toscana) e poi l'Ottocento, il secolo che vide ovunque prevalere – pur tra molte resistenze, dubbi, oscillazioni – i princìpi liberisti e statalistici figli dell'Illuminismo (quello fisiocratico vincente)[109] ed esportati con successo dalle armate napoleoniche. Possono correttamente chiamarsi, con un'espressione che oggi può apparire un ossimoro, i princìpi del liberismo statalistico, ossia i postulati di quella visione, coerente e per niente contraddittoria, in cui l'esaltazione dell'individuo – l'individuo borghese proprietario – si coniuga con l'invadenza dello Stato per eliminare dall'ordine civile la dimensione comunitaria, ritenuta pericolosa perché mal controllabile, riottosa perché istintivamente gelosa delle proprie autonomia e libertà[110]. Un'invadenza autoritaria che altro non è che un aspetto di quell'*assolutismo giuridico* (cioè del monopolio del diritto da parte dello Stato), più volte indicato da Paolo Grossi come cifra caratterizzante della modernità liberal-borghese[111].

[107] M. Caravale, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna 1994, p. 310.

[108] Ma sarebbe più corretto dire: in virtù della pluriordinamentalità che ancora il sistema non smentiva. Il concetto di autonomia comunale si lega infatti a quello di uno Stato unico titolare di sovranità, come quello contemporaneo, e dunque non è adeguato per indicare la giurisdizione municipale in età medievale e moderna. Si vedano in merito le recenti considerazioni di M. Caravale, *L'autonomia municipale nella Repubblica romana giacobina*, in *Tra diritto e storia*, cit., I, pp. 269-270.

[109] È noto infatti come, in realtà, esistessero all'interno dell'Illuminismo anche posizioni assai diverse da quelle dei fisiocratici ed apertamente critiche verso il liberismo e l'esasperata esaltazione della proprietà privata appoggiata dai grandi proprietari terrieri. Cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, pp. 319-382.

[110] Per Paolo Grossi «individualismo statalistico» e «statalismo individualistico» costituiscono la «suprema antinomia» che domina la modernità, la cifra del nuovo ordine sorto dopo la fine di quello medievale: cfr. P. Grossi, *Modernità politica e ordine giuridico*, in «Quaderni Fiorentini», 27, 1998, p. 32.

[111] P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato* (Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno, 52), Milano 1998, e, dello stesso autore, *I dominii collettivi come realtà*

L'azione 'liquidatrice' liberista-statalista verrà condotta, non a caso, su due fronti: quello della proprietà, con iniziative legislative volte a promuoverne la pienezza e quello delle amministrazioni comunali, con la trasformazione dei vecchi Comuni (nella maggior parte dei casi ancora largamente partecipati: spesso veri «Comuni-comunità») in Enti pubblici burocratizzati, dai Consigli ristrettissimi e ben controllati.

Questo si manifesta in modo chiaro e precoce nella Toscana governata da uno dei campioni dell'assolutismo illuminato in Italia, Pietro Leopoldo d'Asburgo-Lorena[112]. E tuttavia se la direzione in cui ci si muove è precisa, la strada percorsa segue «un percorso sinuoso e contraddittorio»[113], come ha osservato Bernardo Sordi, all'insegna di una cautela quasi sperimentale, dovendo tener conto, oltre che delle certezze fisiocratiche e liberali, della coriacea diffidenza delle popolazioni governate[114]. Con vari editti degli anni Settanta del Settecento si avviò la formazione di una proprietà agraria dai pieni contenuti, consentendo (ma non imponendo, secondo la preferibile interpretazione), l'affrancazione degli usi civici[115], mentre tra il 1772 ed il 1786 si attuò la riforma comunitativa, che eliminò i Comuni

*complessa nei rapporti con il diritto statuale*, in «Rivista di diritto agrario», 76, 1997, 3, p. 266.

[112] Figlio dell'imperatrice Maria Teresa d'Austria, fu Granduca di Toscana dal 1765 al 1790 (a lui si devono importanti riforme di progresso in molti settori) e Imperatore del Sacro Romano Impero (col nome di Leopoldo II) dal 1790 al 1792, su cui cfr. A. WANDRUSZKA, *Leopold II. Erzherzog von Österreich Großherzog von Toskana König von Ungarn und Böhmen Römischer Kaiser*, 2 voll., Wien - München 1963-1965; B. SORDI, *L'amministrazione illuminata. Riforma delle comunità e progetti di costituzione nella Toscana leopoldina* (Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno, 37), Milano 1991, *passim*.

[113] B. SORDI, *L'amministrazione illuminata*, cit., p. 20.

[114] Tra i molti casi di resistenza alle riforme leopoldine vorremmo ricordare quello riferito da A. ZAGLI, *Pratiche e forme d'uso delle risorse collettive in un ambiente palustre: il caso di Bientina in Toscana*, in «Quaderni Storici», 81, 1992, pp. 801-852. Considerazioni anche sociologiche sui dissensi popolari verso le riforme svolge M. MONTORZI, *Modelli di proprietà in Toscana al tempo delle riforme leopoldine*, in E. CORTESE (ed), *La proprietà e le proprietà*, Atti del convegno, Milano 1988, pp. 487-488.

[115] Ricordiamo, tra gli altri, gli editti del 20 gennaio 1776, del 2 giugno 1777 e soprattutto i vari editti emanati l'11 aprile 1778, pubblicati recentemente, insieme agli altri provvedimenti legislativi, da P. FEDERICO, *Codice degli usi civici e delle proprietà collettive*, Roma 1995, pp. 1696-1752. Dopo la dominazione francese, con la Restaurazione, i motupropri del 15 luglio 1840 e dell'11 gennaio 1845 mantennero in vigore le riforme leopoldine. Di questi sviluppi tenta di offrire una sintesi il mio scritto *Aspetti e problemi giuridici della sopravvivenza degli usi civici in Toscana in età moderna e contemporanea*, in «Archivio storico italiano», 580, 1999, pp. 285-326.

ritenuti troppo piccoli e semplificò drasticamente l'organizzazione degli altri, sopprimendo i superstiti meccanismi partecipativi e assembleari (compresa la vecchia e diffusa assemblea dei capifamiglia), togliendo la potestà normativa statutaria (gelosamente difesa ovunque per secoli) e consegnando di fatto e di diritto i Comuni nelle mani dei maggiori proprietari di terre nel luogo (neppure necessariamente residenti, contro ogni principio comunale antico)[116]. Di conseguenza, inevitabile fu lo scempio dei tradizionali princìpi sulla gestione dei beni comuni, a cominciare da quelli del rispetto della consuetudine e del *consensus omnium*, visti ora come ostacolo al progresso economico e civile[117].

[116] Su tale riforma, anche per ulteriore bibliografia, è d'obbligo rinviare al già citato contributo di B. SORDI, *L'amministrazione illuminata,* cit. L'idea che i Comuni dovessero essere governati da pochi proprietari terrieri già fu alla base, nei territori soggetti all'Austria, di un editto di Maria Teresa del 30 dicembre 1755: cfr. M.R. DI SIMONE, *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'Antico Regime al Fascismo*, Torino 2007, p. 20.

[117] A distanza di oltre 170 anni restano quindi a mio avviso tutt'oggi valide le considerazioni di un giovane giurista toscano della Restaurazione, dotato di un vivacissimo interesse per la storia, come Francesco Forti che, nel primo dei suoi *Libri due delle istituzioni civili* (editi postumi nel 1840), rilevava la contraddizione di quanti al tempo stesso si professavano libertari e tessevano le lodi della riforma comunitativa leopoldina. La pagina del Forti, pur nota, è forse meritevole di essere riletta in relazione al nostro tema: «Tra le singolarità de' tempi nostri vi è pur quella d'intesser grandi apologie delle riforme del sistema municipale ordinate da Leopoldo. Io non dico se ciò si faccia a ragione o a torto; sarò osservante della legge impostami di non giudicare alcuna delle maggiori cose di Leopoldo. Osservo solo, che chi considera il reggimento municipale come coordinato a qualche sistema di politica libertà, cade in gran contradizione facendo l'apologia del sistema municipale Leopoldino. Il gran riformatore considerò le amministrazioni municipali, come amministrazioni economiche e nulla più, ed a questa veduta subordinò le sue riforme. Le attribuzioni dei magistrati municipali furon limitate, ed il numero delle persone che prendevan parte alle cose del municipio fu ovunque ristretto. I ministri del governo trassero a sé molta della autorità che prima era devoluta ai diversi magistrati del Comune. Ciò era forse necessario per ottener maggior unità di amministrazione, per toglier molte piccolezze municipali, e per aver delle leggi relative alla più estesa libertà della persona e della industria la piena esecuzione che era nei voti del legislatore. Il sistema municipale antico era forse un impaccio alle più grandi riforme che contenevano le leggi generali del Granducato; nel moderno vi erano occasioni di meglio educare i Toscani all'amministrazione economica del Comune ... Ma comunque sia di tutto questo, certo è in fatto che la riforma municipale, quale si legge e nel regolamento generale del 1774 e nei regolamenti parziali (1785), è predominata interamente dalla veduta, che le magistrature municipali sono amministrazioni economiche e non punto poteri politici. Il che dico solo perché non sta bene prendere equivoco, allorché si parla di fatti storici»; F. FORTI, *Libri due delle istituzioni civili*, I, Firenze 1840, p. 541. Sull'Autore si è più volte soffermata, anche di recente, la storiografia giuridica: cfr. da ultimo il contributo di § F. COLAO, *Avvocati del Risorgimento nella Toscana della Restaurazione* (Storia dell'Avvocatura in Italia, 6), Bologna 2006, pp. 71-75 (ivi bibliografia).

Il vento della razionalizzazione economicistica – un vento di tramontana gelido e impietoso per i vecchi beni comuni – non tarderà a spirare, di lì a poco, anche nel resto della Penisola francesizzata[118]. Nel Meridione tra il 1806 ed il 1808 fu emanata da Giuseppe Bonaparte e Gioacchino Murat una legislazione volta a ripartire e privatizzare i demani comunitativi (nonché feudali ed ecclesiastici) e, con la Restaurazione, i Borboni proseguirono la politica francese[119], come faranno del resto anche gli altri sovrani. Nel Regno sabaudo Vittorio Emanuele I, con un editto per la Sardegna del 6 ottobre 1820, consentì ai Comuni di alienare i propri terreni[120], mentre in Piemonte, come nel Lombardo-Veneto, non sembra di poter registrare una vera è propria legislazione eversiva, non dimenticando tuttavia che il decreto italico 25 novembre 1806, n. 225, aveva disposto il trasferimento dei beni «dei così detti corpi degli antichi originarii» ai Comuni[121]. Sul versante dell'organizzazione comunale la legge del 28 piovoso a. VIII dettò un nuovo assetto dell'amministrazione locale all'insegna dell'autoritarismo e del dirigismo centralistico. Ai Consigli comunali (ora di 10, 20 o 30 membri a seconda della popolazione) furono assegnate competenze limitate e soprattutto, come ha notato Piero Aimo,

«due altri principi generali conferivano al modello una pronunciata curvatura autoritaria: la nomina governativa degli amministratori locali ed il rigido meccanismo della tutela prefettizia. L'ordinamento municipale si riduceva così – in larga misura – a pura appendice degli apparati centrali, ad ultimo anello di una catena di comando che dall'Imperatore scendeva – attraverso i prefetti e i sotto-prefetti – sino all'estrema propaggine dello Stato»[122].

Sarà poi di capitale importanza la legge comunale e provinciale piemontese del 23 ottobre 1859, n. 3702 (nota come legge *Rattazzi*)[123], perché desti-

[118] Sui caratteri fortemente autoritari e statalistici dell'amministrazione locale napoleonica, di rottura nei confronti della tradizione di Antico regime, cfr. P. Aimo, *Il centro e la circonferenza. Profili di storia dell'amministrazione locale*, Milano 2005, pp. 55-82. L'Autore rileva peraltro come sul tema si contino molti studi specifici, ma manchi un'opera di sintesi; *ibidem*, pp. 57-58.

[119] E. Cortese, *Domini collettivi*, in *Enciclopedia del diritto*, 13, Milano 1964, pp. 918-919.

[120] *Ibidem.*

[121] Cfr. U. Petronio, *Usi civici,* in *Enciclopedia del diritto*, 45, Milano 1992, p. 933.

[122] P. Aimo, *Il centro e la circonferenza*, cit., p. 107. Cfr. anche le pp. 121-170 sull'organizzazione comunale nel Regno di Sardegna.

[123] Il cui testo si legge in A. Petracchi, *Le origini dell'ordinamento comunale e provinciale italiano*, III, Venezia 1962, pp. 156 ss.

nata, dopo l'Unità, ad essere estesa a tutto il territorio nazionale e poi ad essere presa come modello dalle successive leggi comunali e provinciali del Regno[124]. Questa, sulla falsariga di una precedente legge del 1848, e più in generale della tradizione sabaudo-napoleonica, dopo aver affermato che i beni comunali dovevano di regola essere affittati, consentiva ai Consigli comunali di permettere, dove la condizione dei luoghi lo richiedesse, la fruizione collettiva da parte degli abitanti, previa deliberazione di un regolamento d'uso e la determinazione di un corrispettivo[125]. La successiva legge comunale e provinciale del 20 marzo 1865, art. 113, consentì poi alla Deputazione provinciale di rendere obbligatoria l'alienazione dei beni comunali incolti[126]. Appare evidente, quindi, in questa coerente linea legislativa, il completo slittamento dei beni comuni entro la categoria del «pubblico», nella veste di proprietà dell'Ente pubblico territoriale, con la soggezione, espressamente prevista, all'ingerenza dell'amministrazione provinciale (che vale a dire, politicamente, del governo nazionale centrale). Poco rimane, non c'è quasi bisogno di dirlo, dei princìpi tradizionali sui beni comuni, e quel poco attiene al controllo superiore, ora perfezionato e reso ben più penetrante.

Nello Stato della Chiesa, dopo lunghi ma sterili dibattiti nel periodo della Restaurazione, fu solo nel brevissimo periodo della Repubblica romana che si dispose, con il decreto del 3 febbraio 1849, la liquidazione degli usi civici sui terreni coltivabili. Più cautamente, ma seguendo una linea politica che ormai si reputava non accantonabile, una notificazione di Pio IX del 29 dicembre 1849 consentì (senza imporre, analogamente a quanto aveva fatto oltre settant'anni prima Pietro Leopoldo in Toscana) l'affrancazione dei fondi dal pascolo collettivo.

[124] La legge Rattazzi, ispirata al modello autoritario ed accentratore napoleonico, sottopose i Comuni ad un rigido controllo governativo, e fu addirittura emanata dal Governo in opposizione al Parlamento, grazie allo stato di guerra. Cfr. M.R. DI SIMONE, *Istituzioni e fonti normative*, cit., pp. 168-169. Più in particolare, anche per ulteriore bibliografia, cfr. P. AIMO, *Il centro e la circonferenza*, cit., pp. 136-146 e 169-170. Sul grande tema del rapporto centro-periferia nella storia italiana cfr. E. ROTELLI, *L'alternativa delle autonomie. Istituzioni locali e tendenze politiche dell'Italia moderna,* Milano 1978; R. ROMANELLI, *Centro e periferia: l'Italia unita*, in *Il rapporto centro periferia negli stati preunitari e nell'Italia unificata* (Istituto per la storia del Risorgimento italiano, Atti dei Congressi, 28), Roma 2000, pp. 215-248.

[125] Cfr. U. PETRONIO, *Qualche spunto sulla 'questione demaniale' in Italia prima della legge Zucconi*, in P.G. FALASCHI (ed), *Usi civici e proprietà collettive nel centenario della legge 24 giugno 1888*, Atti del convegno, Camerino 1991, pp. 52-54.

[126] *Ibidem*, p. 62.

L'indirizzo abolizionista divenne dunque nel corso dell'Ottocento, pur in varia misura, prevalente[127], ma in occasione del dibattito parlamentare sul riordinamento degli usi civici e dei demani collettivi nelle ex provincie pontificie, affiorarono nuove considerazioni e nuove tendenze (pensiamo all'opera di Giovanni Zucconi, recuperato all'attenzione storiografica dalle ricerche di Paolo Grossi)[128], nella constatazione che molto spesso, o quasi sempre, le privatizzazioni avevano del tutto fallito nel loro scopo di creare una piccola diffusa proprietà terriera privata, impoverendo, anziché sollevando, le popolazioni[129]. La legge 24 giugno 1888, n. 5841 (cosiddetta legge *Zucconi*), indirizzata alle ex provincie pontificie, ammise l'affrancazione non solo in capo ai proprietari di terreni gravati da usi civici, ma anche in capo agli stessi comunisti, che potevano dunque costituire veri dominii collettivi. La legge in parola, non prevedendo però forme autonome di gestione di questi beni, lasciò in pratica che gli enti comunali si ingerissero anche con scopi diversi dalla salvaguardia degli interessi degli utenti. Fu così che, con la legge 4 agosto 1894, n. 397 (anch'essa rivolta unicamente alle ex provincie pontificie), si demandò la gestione dei beni comuni ad associazioni di utenti distinte dal Comune, come Università agrarie o Comunanze[130]. La legge 16 giugno 1927, n. 1766, art. 1 (tutt'oggi, com'è noto, la legge nazionale fondamentale sugli usi e demani civici) ed il regio decreto 26 febbraio 1928, n. 332, riguardante il relativo regolamento applicativo, capo IV (artt. 58-66), ammisero in via generale Università ed Associazioni agrarie, accanto a Comuni e Frazioni, come titolari di beni di uso

[127] Del resto, più in generale, forte fu l'influenza del modello francese nell'organizzazione amministrativa degli Stati pre-unitari e poi del Regno d'Italia: cfr. P. AIMO, *Il centro e la circonferenza*, cit., pp. 83-94, dove si osserva: «il modello francese transitò così dal Regno Italico (tramite lo stesso Regno di Sardegna, il cui territorio era stato inglobato direttamente nell'Impero) all'unificato Regno d'Italia, marcandolo dunque, in modo indelebile, con i suoi tratti burocratici, autoritari ed accentratori»; *ibidem*, p. 92.

[128] Cfr. P. GROSSI, *La cultura giuridica di Giovanni Zucconi*, in P.G. FALASCHI (ed), *Usi civici e proprietà collettive nel centenario della legge 24 giugno 1888*, cit., pp. 101-129.

[129] Come ha osservato il Cortese, «il fallimento delle quotizzazioni appariva ormai chiaro: gli assegnatari si erano per lo più affrettati a vendere le proprie quote ...; grosse proprietà si erano formate in mano di speculatori a costi irrisori; i comuni e le popolazioni si erano ulteriormente impoveriti, l'agricoltura non aveva tratto i benefici vagheggiati. Fu naturale porre sotto accusa le tendenze razionali ispiratrici della legislazione dell'età napoleonica, l'individualismo esasperato di marca giusnaturalistica, il culto della proprietà privata sciolta da ogni vincolo»; E. CORTESE, *Domini collettivi*, cit., p. 919.

[130] *Ibidem*, p. 920.

civico esistenti o creati dalle procedure di affrancazione dagli usi civici dei terreni privati[131].

La legge del '27, secondo diffusa e risalente opinione, non è immune da difetti, come quelli di assimilare situazioni diverse sotto una disciplina ispirata ai princìpi della legislazione liquidatrice meridionale e, per quanto di più ci interessa, di spostare sensibilmente la materia entro la sfera pubblicistica. Secondo una parte della dottrina, in base alle legge del '27 si dovrebbe parlare solo di proprietà comunale destinata ad uso civico, e non di proprietà collettive o demani collettivi, perché tali nozioni sarebbero del tutto estranee all'impianto della legge in questione[132]. In effetti è merito della giurisprudenza aver interpretato la legge considerando i Comuni come intestatari (con poteri rappresentativi e tutori) dei beni comuni e la popolazione del luogo come vera titolare di essi[133]. E dove la comunità titolare non coincide con il Comune o la Frazione si ricorre a forme di amministrazione separata, dalle diverse denominazioni.

Se volessimo, in conclusione, tracciare un bilancio di quanto dell'esperienza giuridica antica dei beni comuni è giunto fino a noi, dovremmo constatare che molto è andato perduto o snaturandosi entro un contesto giuridico-istituzionale, culturale, socio-economico profondamente diverso. Oggi le associazioni di utenti per la gestione dei beni comuni, al di là della qualificazione più o meno forzosamente attribuita loro dal legislatore, continuano a testimoniare concretamente che tra la macro-sfera del pubblico-statale (e degli Enti che ne sono mere propaggini) e quella minima del privato-individuale può esistere ancora, e salutarmente, la dimensione comunitaria.

Ma non si può dimenticare, ed è anzi preciso compito dello storico ricordarlo, che quanto oggi sopravvive, quasi come in una riserva naturalistica, dell'antico comunitarismo rurale sono le briciole di una realtà multiforme

[131] Ricordiamo infatti che la liquidazione degli usi civici su fondi privati, ai sensi dell'art. 5 della legge 1766 del 1927, può avvenire con la quotizzazione e suddivisione del fondo tra il privato e il Comune (o frazione o associazione) in cui si trova la terra, trasformandosi la parte che rimane al privato in proprietà privata piena e l'altra in demanio civico. Inoltre, per l'art. 7, II comma, è possibile l'assegnazione dell'intero fondo privato alla comunità, dietro pagamento di un canone al proprietario, quando ricorrono determinate esigenze di tutela degli interessi della collettività.

[132] Cfr. U. PETRONIO, *Usi civici: radici storico-giuridiche; gli organi preposti (Comuni, Frazioni, Amministrazioni separate)*, in V. CERULLI IRELLI - DI MARCO (edd), *Usi civici. I problemi attuali e le prospettive di riforma*, Atti del convegno, Firenze 1995, pp. 10-11

[133] Cfr. V. CERULLI-IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova 1983, pp. 263-342.

vastissima, fatta di una miriade di situazioni diffuse ovunque, espressione di una cultura politico-giuridica comune all'intera Europa – ed il parere del Sordi, che ce ne ha brevemente descritto i tratti, riposa infatti su *rationes* universali, non certo limitate dai ristretti confini del principato piemontese. Questa cultura era vissuta per settecento anni, nel sistema di diritto comune, entro il flessibile, adattabilissimo, modello comunale antico e nei Comuni minori aveva senza dubbio influenzato e plasmato il modo stesso di organizzarsi dell'istituzione, reclamando assemblee, suggerendo rotazioni delle cariche e sorteggi, chiamando ciascuno a cooperare per il bene comune. Gli statuti e le fonti locali svelano questa verità storica, che attende ancora oggi studi comparativi a largo raggio per essere meglio compresa.

E così la via giuridicamente più coerente per salvare la cultura dei beni comuni sarebbe forse stata quella di recuperarli (a parte certe situazioni dai peculiari accenti privatistici) interamente dentro la dimensione comunale, ma in un Comune riformato in senso opposto a quello delle leggi 'liberal-borghesi': riconciliato anzitutto con la sua esperienza storica, reso dunque più flessibile e recettivo delle peculiarità (socio-economiche, ambientali e culturali), più partecipato, se necessario anche più piccolo, più capace cioè di gestire democraticamente in autonomia gli aspetti della vita locale, ferma restando una superiore istanza di controllo e supervisione. Un Comune post-moderno ricondotto, in altri termini, ad essere anche comunità (*universitas et homines*, nel bifronte ma unitario concetto medievale), più vicino alla *prima communitas* naturale, nello spazio tra «pubblico-statale» e «privato»[134] o, in altri termini, a rappresentare nuovamente quel «pubblico» non necessariamente statalistico che ha radici ben profonde nella nostra storia.

[134] Cioè in quella direzione, com'è noto, ripetutamente indicata da filosofi e sociologi, di diversi orientamenti ma tutti riconducibili, con qualche approssimazione, entro il grande alveo del pensiero comunitarista: basti qui ricordare, tra i padri nobili di questa corrente di pensiero, figure di spicco nella cultura europea ed americana come Emmanuel Mounier, Jacques Maritain, Martin Buber, Adriano Olivetti, Lewis Mumford, Murray Bookchin ed Ivan Illich, sui quali offre aggiornate indicazioni bibliografiche il già citato contributo di V. PAZÈ, *Il comunitarismo*, cit., *passim*.

*Résumé*

IM SPANNUNGSFELD VON «ÖFFENTLICH» UND «PRIVAT»: DIE RECHTSLAGE BEI DER VERWALTUNG VON GEMEINGUT UND EIN «CONSILIUM» GIOVANNI PIETRO SORDIS AUS DEM 16. JAHRHUNDERT

Das *ius commune* hat in Sachen Verwaltung von Gemeingut mit kollektivem Nutzen (heute in Italien als «proprietà collettive» oder, im weiteren Sinn, als «usi civici» bekannt) zu deren Schutz einen Regelkatalog aufgestellt und für sie einen *status* entworfen, das sich von dem des anderen Gemeinschaftsbesitzes unterscheidet. Auch in diesem Fall konstruierten die Juristen diese Regeln auf dem Grundstock des römischen Rechts und weiteten Prinzipien von Justinians *Corpus iuris* auf Situationen aus, die von diesem gar nicht geregelt werden.

In der gewaltigen beratenden Literatur zum Thema der Handhabung von gemeinschaftlichem Eigentum fand das *consilium* von Giovanni Pietro Sordi da Casale († 1598) aus dem späten 16. Jahrhundert Beachtung und große Verbreitung. Es kondensiert klar und deutlich die Grundprinzipien der Verwaltung des Gemeinguts, wie diese sich insbesondere vermittels der *interpretatio* der justinianischen Kodifikation in der Lehre vom 14. bis zum 16. Jahrhundert konsolidiert hatten.

Ein Beschluss des Gemeinderats von Livorno Piemonte (heute Livorno Ferraris, in der Nähe von Vercelli) hatte es verboten, auf öffentlichem Weideland und brachliegendem privaten Grund Schafe weiden zu lassen, womit ein wichtiger, bis *dato* von der lokalen Bevölkerung ausgeübter Bürgergebrauch beseitigt wurde. Viele Einwohner protestierten; sie beharrten auf der Rechtswidrigkeit des Beschlusses und verlangten daher dessen Aufhebung, Sordi verteidigte Ihre Gründe.

Unter den im *consilium* aufgezählten Prinzipien behauptet sich an erster Stelle jenes, das festsetzt, dass die Gemeinden in ihrem rechtmäßig einberufenen und normalerweise nach dem Mehrheitsprinzip entscheidenden Gemeinderat über die Verwaltung ihrer Güter bestimmen können: *maior pars quod facit, omnes videntur facere.* Aber in Fällen, in denen Rechte Einzelner am Gemeingut geltend gemacht werden sollen, wie eben an den oben erwähnten Weideflächen, die *sunt omnibus communia,* gilt das Mehrheitsprinzip nicht mehr und man geht entsprechend einer allgemein in die Lehre eingegangenen Meinung zum *consensus omnium* über: «quod omnes tangit ab omnibus debet approbari». Dieses Prinzip wird in der XXIX *regula iuris* des *Liber Sextus* von Bonifazius VIII. (1298) formuliert, es ist jedoch viel älter. Die Formel war schon im kanonistischen

Bereich sporadisch aufgetaucht: in einer Dekretale von Innozenz III. zum Thema Entfernung niederer Geistlicher und in einigen Glossen der *glossa ordinaria* zum *Decretum Gratiani*. In allen Fällen wurde der Ausdruck einer Konstitution Justinians aus dem Jahr 531 (*Cod.* 5.59.5), die einen anderen und speziellen Gegenstand betraf, einfach aufgegriffen und auf ekklesiastische Themen bezogen, nämlich die gemeinsame Ausübung der Vormundschaft bei Anwesenheit mehrerer Vormünde. Seinerseits hatte Justinian das Prinzip wahrscheinlich (wenn nicht in seiner formellen Übereinstimmung, so doch in der Substanz) aus der klassischen Rechtsprechung übernommen: so schrieb beispielsweise ein Fragment Ulpians, unter dem Titel *De aqua pluvia arcenda* der *Digesten* (39.3.8) vor, dass die Genehmigung zum Wasserholen nicht allein vom Besitzer gegeben werden konnte, auf dessen Grund sich die Quelle befand, sondern gemeinsam allen zustand, die ein Recht auf Versorgung hatten.

Grundlage des Prinzips *Quod omnes tangit* angewandt auf Gemeinschaftsbesitz sind also eine weitentfernte justinianische Disposition in einer ganz anderen Materie und eine Regel allgemeiner Tragweite aus dem kanonischen Recht. Trotzdem kann man annehmen, dass es hinter oder neben jener formellen Legitimation noch eine andere gab: eine die nirgends geschrieben stand, höchstens in der Mentalität des mittelalterlichen Menschen. Wir haben es – so könnte man meinen – mit einem nicht unwesentlichen Element volkstümlicher Rechtskultur zu tun, einem Aspekt jenes «moto associativo», um einen Ausdruck Francesco Calassos zu gebrauchen, der die mittelalterliche Zivilisation durchdrang. Die *libri iurium*, die Kommunalstatuten und die Sammlungen von Versammlungsbeschlüssen des frühen und hohen kommunalen Zeitalters vereinigen und bezeugen deutlich Momente sowohl dieses assoziativen Geistes im allgemeinen, als auch des Prinzips des *consensus omnium* im Besonderen. Denken wir nur an die kollektiven Unterzeichnungen der wichtigsten die Gemeinden betreffenden Akten, an die großen Versammlungen, die zum Entscheiden wichtiger Fragen einberufenen wurden, darunter auch die nähere Bestimmung der Möglichkeiten der Nutzung des Territoriums und dessen natürlicher Ressourcen.

Wie auch in anderen Fällen (so z.B. die Kategorie des *dominium utile*) kleideten die mittelalterlichen Juristen etwas in ein römisches juristisches Gewand, das nicht unbedingt römisch war; es war eben in der damaligen Praxis so präsent, dass es dementsprechend in Betracht gezogen werden musste. So war das Prinzip des *consensus omnium* angewendet auf die Handhabung gemeinschaftlichen Eigentums wahrscheinlich ein im Brauchtum der Bevölkerungen schon verankertes Prinzip, das sich ab

einem gewissen Punkt verkleidet, um sich unangefochtene Würde und Akzeptanz zu verschaffen.

Nach dem *consensus omnium* – ein weiteres Prinzip, das im *consilium* bestätigt wurde – ist der Respekt gegenuber den Gewohnheiten ein weiteres Hauptelement der vormodernen volkstümlichen Rechtskultur. Für Sordi hätten die Räte, auch mit dem Einverständnis des lokalen Magistrats, den Bürgern und Einwohnern die Nutzung der Wiedeflächen nicht verbieten können, da diese schon lange das Recht daran hatten. Die Zeit kann also die Bedingungen für die Nutznießung an Gemeinschaftsbesitz vorschreiben: es ist die Kraft der eingefleischten Gewohnheit, die sich auch über den Willen der Gemeindebeamten durchsetzt. Hiermit wird nur erneut die Lebendigkeit der gewohnheitsrechtlichen Quelle nicht nur im Mittelalter bezeugt, wo sie lange die Grundfesten, die Verfassung und dann «eine der tragenden Strukturen» der juristischen Ordnung insgesamt verkörperte, sondern auch im gesamten Ancien Regime.

Ein anderes wichtiges Prinzip, auf das Sordi bei der Verwaltung von gemeinschaftlichem Eigentum hinweist, ist, dass die Gemeindeberatung *iusta* sein muss, und daher beispielsweise nicht zum Nachteil einzelner Personen ausfallen kann, und weiter beruft man sich vermittels einer der bekanntesten Stellen des *Decretum* Gratians auf das kanonische Recht, um eine zentrale Überzeugung der mittelalterlichen Rechtskultur heraufzubeschwören: es genügt nicht, dass ein Gesetz vom rechtmäßigen Machthaber erlassen wird, es muss auch gerecht sein, um in Kraft treten zu können.

Angesichts der Zielsetzungen des Gutachtens bleibt ein anderes wichtiges Prinzip der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums im Schatten: die Billigung der Bestimmungen der unterworfenen Gemeinden durch die Autorität des Herrschers. In dieser Hinsicht gilt es daran zu erinnern, dass schon im späten Mittelalter und in zunehmendem Masse in der frühen Neuzeit, die Befähigung der Gemeinden ihre eigenen Ressourcen zu verwalten und darüber zu verfügen mehr oder weniger überall auf Beschränkungen durch die höheren Autoritäten stößt (der Fürst oder die dominierenden Städte). Die Gemeinden bleiben im Besitz ihrer Güter und ihrer Rechte, werden jedoch handlungsunfähigen Personen gleichgestellt, die zu ihrer rechtlichen Vertretung einen Vormund brauchen.

Das Gutachten Sordis konzentriert also verschiedene Prinzipien, auf die Lehre und Jurisprudenz, die Neuzeit hindurch Bezug nehmen sollten. Das Prinzip *consensus omnium* wurde beispielsweise das gesamte 17. Jahrhundert hindurch in die Werke berühmter Juristen wie Capobianco, De Otero, De Luca und Savelli aufgenommen. Was aber andererseits nicht bedeutet,

dass auf dem Niveau der lokalen Praxis keine wichtigen Unterschiede existierten und dass die theoretischen Prinzipien immer gewissenhaft Anwendung fanden. Wir haben es hier mit einem heterogenen Rahmen zu tun, eine unvermeidbare Folge des starken juristischen Pluralismus, der allem Anschein nach konstant von der Lehre beeinflusst war.

Um ausschlaggebende und revolutionäre Veränderungen zu beobachten, muss man bis zum Ende des 18. Jahrhunderts warten (in einigen besonderen Fällen, wie in der Toskana) und dann bis ins 19., als überall – trotz gehörigem Widerstand, Zweifeln und Unsicherheiten – die Freihandels- und die etatistischen Prinzipien der physiokratischen Aufklärung dominierten, die Napoleons Armeen erfolgreich exportiert hatten. Sie können sich korrekterweise – mit einem Ausdruck der heute ein Oxymoron erscheinen mag – die Prinzipien des etatistischen Freihandels nennen, oder die Postulate jener kohärenten Vision, in der die Verherrlichung des Individuums – des bürgerlichen Individuums 'Besitzer' – sich mit der Aufdringlichkeit des Staats verbindet, um die gemeinschaftliche Dimension aus der zivilen Ordnung zu entfernen. Diese Liquidierungsaktion wird nicht zufälligerweise an zwei Fronten geführt werden: an jener des Eigentums, mit legislativen Initiativen zur Förderung der Fülle, und an jener der Gemeindeverwaltungen, mit der Umwandlung der alten Gemeinden (in den meisten Fällen noch mit starker Beteiligung: oft waren sie richtiggehende 'Gemeinden-Gemeinschaften') in bürokratisierte und staatlich kontrollierte öffentliche Einrichtungen mit sehr eingeschränkten Räten.

Heute überleben von dem alten ländlichen Kommunitarismus – beinahe wie in einem Naturschutzgebiet – nur die Überbleibsel einer breiten und vielschichtigen Realität, die aus einer Unmenge überall verbreiteter Konstellationen besteht und Ausdruck einer politisch-juristischen Kultur ist, die über 700 Jahre hinweg im System des *ius commune* im flexiblen und so anpassungsfähigen alten kommunalen Model bestanden hatte.

*Übersetzung von Friederike Oursin*

# «Res publica» e «utilitas privatorum»: il problema della responsabilità della comunità nella letteratura consulente (secc. XV-XVI)

di *Giuliano Marchetto*

Tra i diversi significati attribuiti dai giuristi medievali all'espressione *ius publicum* vi è quello che rimanda al diritto imputabile alla comunità, intesa come un soggetto distinto dall'insieme dei suoi membri, i quali potevano, in determinate occasioni, agire *iure universitatis* e vedere le proprie azioni ascritte all'ente di appartenenza[1]. Fin dai suoi inizi, la scienza giuridica dell'età intermedia ha stabilito in effetti uno stretto legame tra le nozioni di *populus* e di *universitas*, con la riconduzione del primo alla seconda, in particolare in quei frangenti ove fosse ravvisabile l'espressione della volontà unitaria di una collettività[2]. Proprio sulla scorta di questa relazione dell'università con il popolo nelle sue manifestazioni esteriori, si è potuto fondatamente sostenere che la riflessione scientifica sull'*universitas* nacque nell'ambito del diritto pubblico e solo in un secondo momento si estese al diritto privato[3] e quindi riconoscere come i tentativi della dottrina di dare soluzione ai dubbi relativi alla possibilità di riconoscere un agire della collettività distinto da quello dei singoli e soprattutto riconoscere

[1] Osservava Francesco Calasso, in una sua notissima opera, come «i singoli soggetti dell'ordinamento rivivono e operano *iure universitatis* nella unità del *populus*, sia che pongano norme, sia che ne ricevano. Le quali norme, considerate sotto questo angolo visuale, costituiscono dunque *ius publicum*» in F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, Milano 1965 (rist. della seconda ed. 1949), p. 287.

[2] F. LIOTTA, *«Persona ficta». Spunti prodromici della teoria di Sinibaldo de' Fieschi nei glossatori civilisti*, in P. NERVI (ed), *Domini collettivi e nuovi protagonismi per la promozione dello sviluppo rurale*, Atti del convegno, Padova 2002, pp. 19-29; si vedano inoltre F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici*, cit., pp. 282-287 e A. ROTA, *Lo Stato e il diritto nella concezione di Irnerio*, Milano 1954, in particolare pp. 21-34 e 75-106.

[3] F. LIOTTA, *«Persona ficta»*, cit., p. 22. Sull'uso della nozione di *universitas* in relazione al fenomeno comunale si è soffermato G. DILCHER, *Fondamenti costituzionali dei comuni italiani e tedeschi: un'analisi comparata*, in G. ROSSETTI (ed), *Legislazione e prassi istituzionale nell'Europa medievale. Tradizioni normative, ordinamenti, circolazione mercantile (secoli XI-XV)*, Napoli 2001, pp. 59-76, in particolare p. 67.

l'ammissibilità di una condotta illecita o criminale della comunità e non solamente ai suoi membri abbiano «implicazioni che riguardano in primo luogo il potere di punire e la definizione stessa del soggetto di diritto»[4]. Insomma, alla riflessione della scienza giuridica sulla *universitas* non sono estranee anche quelle «regole giuridiche che costituiscono la 'cosa pubblica' e regolano il rapporto interno tra dominanti e dominati e che al tempo stesso ne ordinano le relazioni verso l'esterno con altre collettività»[5]. Così se, come è stato osservato, l'insegnamento dello *ius publicum*, «en tant que catégorie pédagogique», nasce nelle facoltà tedesche del XVII secolo, «il n'empêche que bien avant, il y eut dans les facultés de droit des enseignements portant sur la nature du pouvoir, sur les institutions et les modalités d'exercice de la puissance publique»[6].

Non a caso allora tra i criteri di giudizio per il riconoscimento della dimensione 'pubblicistica' dell'agire della comunità, un ruolo di primo piano spettò a quello di un'*utilitas* che è definita *publica* in contrapposizione a quella *singulorum utilitas* cui faceva riferimento il celebre passo ulpianeo in cui si legge la definizione di diritto pubblico[7].

La riconosciuta capacità di agire dell'università pose in primo piano il problema dell'imputabilità di un delitto a quella che venne definita una *persona ficta*. È noto come, all'interno della teoria medievale della persona giuridica, uno dei punti più controversi fu certamente la possibilità di attribuire al *corpus*, all'*universitas* la responsabilità per un fatto delittuoso

[4] D. QUAGLIONI, *«Universi consentire non possunt». La punibilità dei corpi nella dottrina di diritto comune*, in C. NUBOLA e A. WÜRGLER (edd), *Suppliche e «gravamina». Politica, amministrazione, giustizia in Europa (secoli XIV-XVIII)*, (Annali dell'istituto storico italo-germanico in Trento. Quaderni, 59) Bologna 2002, pp. 409-425, in particolare p. 411.

[5] È la definizione di diritto pubblico che si legge in M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania. I. Pubblicistica dell'Impero e scienza di polizia 1600-1800*, Milano 2008, p. 1.

[6] J. KRYNEN, *Introduction*, in J. KRYNEN - M. STOLLEIS (edd), *Science politique et droit public dans les facultés de droit européennes (XIIIe-XVIIIe siècle)*, Frankfurt a.M. 2008, pp. 1-5, in particolare p. 3.

[7] *Dig.* 1,1,1,2: «Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit»; sull'interpretazione del passo da parte dei giuristi medievali si sono soffermati A. MARONGIU, *Storia del diritto pubblico. Princìpi e istituti di governo in Italia dalla metà del IX alla metà del XIX secolo*, Milano - Varese 1956, pp. 16-18; F. CALASSO, *«Ius publicum» e «ius privatum» nel diritto comune classico*, in *Studi in memoria di Francesco Ferrara*, I, Milano 1943, pp. 55-85; A. ROTA, *Lo Stato e il diritto*, cit., pp. 117-136.

e, di conseguenza, la possibilità di ammettere la punibilità del *corpus* in quanto tale[8]. La capacità di delinquere della *persona ficta* fu in verità assai precocemente riconosciuta, nonostante la posizione tendenzialmente contraria di Innocenzo IV il quale, sia in sede dottrinale (nel suo commento a 52, X, V, 39) che in quella 'legislativa' (al Concilio di Lione del 1245, con una norma poi confluita nel *Liber Sextus,* sotto il titolo *De sententia excommunicationis,* 5, VI, V, 11) aveva escluso la possibilità di scomunicare una collettività[9].

La rilevanza giuridica e politica della soluzione al problema del riconoscimento di una responsabilità collettiva, che fosse distinta sia da quella del privato cittadino che da quella del rettore e rappresentante della comunità, appare con tutta evidenza: ammetterla significava distinguere tra i rapporti riconducibili alla comunità e quelli imputabili ai singoli, sia che si accentuasse l'emersione di un nuovo soggetto, la *persona ficta*, sia che si pensasse a un diverso contenuto degli stessi rapporti per il fatto di fare essi capo al gruppo e non al singolo[10].

[8] Una rassegna delle opinioni dei glossatori sulla punibilità degli enti collettivi si legge in G. CHIODI, *«Delinquere ut universi». Scienza giuridica e responsabilità penale delle «universitates» tra XII e XIII secolo*, in *Studi di storia del diritto*, III, Milano 2001, pp. 91-199 cui vanno aggiunte le osservazioni di D. QUAGLIONI, *«Universi consentire non possunt»*, cit., pp. 409-425; con particolare riferimento alla canonistica P.D. CLARKE, *A Question of Collective Guilt: Popes, Canonists and the Interdict c. 1140 - c. 1250,* in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Kanonistische Abteilung», 85, 1999, pp. 104-146; l'ammissibilità o meno della responsabilità dell'ente collettivo fu, come è noto, uno dei punti critici attorno cui ruotò la discussione otto-novecentesca sulla natura delle persone giuridiche: cfr. *ibidem*, pp. 22 ss.; R. ORESTANO, *«Persona» e «persone giuridiche» nell'età moderna*, in R. ORESTANO, *Azione Diritti soggettivi Persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bologna 1978, pp. 193-272, ora anche in L. PEPPE (ed), *Persone giuridiche e storia del diritto*, Torino 2004, pp. 1-72; F. GALGANO, *Persona giuridica*, in «Digesto delle discipline privatistiche / Sezione Civile», 13, 1995, pp. 392-407, in particolare pp. 405-407.

[9] Se la scomunica era da escludersi, pure la collettività poteva per Innocenzo essere fatta oggetto di una sanzione pecuniaria come rileva W. ULLMANN, *The Delictal Responsability of Medieval Corporations*, in W. ULLMANN, *Scholarship and Politics in the Middle Ages. Collected Studies*, London 1978, XII, pp. 77-96, in particolare pp. 81-83; sul punto si vedano anche F. RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) ed in Federico Carlo di Savigny*, in F. RUFFINI, *Scritti giuridici minori*, II: *Scritti giuridici vari*, Milano 1936, pp. 5-90, in particolare pp. 14-15; I. BIROCCHI, *Persona giuridica nel diritto medioevale e moderno*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, XIII, 1995, pp. 407-420, in particolare pp. 411-413; G. CHIODI, *«Delinquere ut universi»*, cit., p. 461.

[10] È in particolare F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica (studi per un libro sulle persone giuridiche)*, in «Rivista di diritto civile», 11, 1965, 1, pp. 553-633 ad aver sottolineato come la persona giuridica altro non sia che

D'altro canto, la configurazione giuridica di tale responsabilità aveva una forte coloritura politica, attribuendo all'intera collettività un fatto illecito che non portava più necessariamente alla sola punizione dei singoli. È chiaro come la discussione intorno ai modi e alle forme di questo tipo di responsabilità si ravvivasse in tutti i casi in cui era urgente definire i rapporti tra le diverse comunità, sia quelle che popolavano il variegato panorama medievale, sia nell'età successiva, quando si trattò di gettare le basi della regolamentazione dei rapporti tra gli Stati.

A questo proposito è esemplare e merita di essere brevemente richiamata la riflessione in tema condotta da Alberico Gentili, nel *De iure belli libri tres*, scritto nel 1598[11].

Nel capitolo 21 del primo libro del *De iure belli*, intitolato *Degli illeciti dei privati*, Gentili affronta una serie di nodi tematici cruciali intorno alla distinzione tra fatto pubblico e fatto privato. Da questa distinzione infatti dipende la possibilità di attribuire la responsabilità di un delitto al singolo o alla collettività. In stretta aderenza alla tradizione egli rico-

«lo strumento concettuale che permette di ricondurre agli schemi del diritto comune la speciale disciplina cui, in deroga al diritto comune, il legislatore assoggetta i membri del gruppo ... riconoscere al gruppo la personalità giuridica significa, tecnicamente, concedere ai suoi membri l'esenzione dal diritto comune» (p. 562); e così: «alla mancata percezione, in determinate epoche storiche, dell'idea di una autonoma soggettività del gruppo non fa riscontro una disciplina normativa di questo apprezzabilmente diversa da quella che sarebbe apparsa, in altre epoche storiche, come la disciplina conseguente alla creazione legislativa d'un autonomo soggetto di diritto. Si è trascurato, cioè, che l'idea d'una autonoma soggettività si presenta, storicamente, come la giustificazione teorica d'una particolare disciplina del gruppo la quale esercita, indipendentemente da tale giustificazione, tutto il proprio vigore» (p. 568).

[11] Sulla figura di Alberico Gentili si rinvia a D. PANIZZA, *Alberico Gentili, giurista ideologo nell'Inghilterra elisabettiana*, Padova 1981; A. WIJFFELS, *Alberico Gentili e Thomas Crompton. Una sfida tra un professore e un avvocato*, in A. WIJFFELS (ed), *Alberico Gentili consiliatore.* Atti del convegno, Milano 1999, pp. 23-77 e, dello stesso autore, *Alberico Gentili e i fondamenti storico-concettuali del diritto comune europeo*, in *Alberico Gentili nel quarto centenario del De jure belli*, Atti del convegno, Milano 2000, pp. 173-205; G. MINNUCCI, *Alberico Gentili tra mos italicus e mos gallicus. L'inedito Commentario Ad legem Juliam de adulteriis*, Bologna 2002, in particolare pp. 1-10; D. QUAGLIONI, *L'edizione del Commento alla «L. Iulia de adulteriis» di Alberico Gentili*, in *Alberico Gentili. L'ordine internazionale in un mondo a più civiltà*, Atti del convegno, Milano 2004, pp. 251-263; dello stesso autore, *Introduzione* a ALBERICO GENTILI, *Il diritto di guerra (De iure belli libri III, 1598)*, Milano 2008, pp. IX-XXXIII; e ai contributi contenuti nel recente L. LACCHÈ (ed), *«Ius gentium ius communicationis ius belli». Alberico Gentili e gli orizzonti della modernità*, Atti del convegno, Milano 2009. Un profilo biografico di Alberico si legge in A. DE BENEDICTIS, *Gentili, Alberico*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, LIII, Roma 1999, pp. 245-251.

nosce natura pubblica al fatto commesso in presenza e in dipendenza di una deliberazione del consiglio cittadino, convocato nei modi legittimi, attraverso il suono di una tromba, di una campana o di un altro modo conforme a consuetudine. Aggiunge anche Gentili che tutte le solennità predette valgono per i delitti che richiedono una condotta attiva, mentre per quelli omissivi esse sono del tutto superflue[12].

La separazione tra il singolo e la comunità è nettamente tracciata. Gentili infatti osserva che «i privati, secondo diritto, non possono arrecare danno alla comunità, come pure non possono arrecarle vantaggio»[13]. E questo perché «una cosa sono i singoli, altra cosa è la comunità nel suo insieme»[14]. Questa impermeabilità trova però un suo temperamento in virtù del potere di giurisdizione dell'ente sui propri membri, che lo rende garante della condotta dei medesimi. Se la città o lo Stato mancassero consapevolmente di ottemperare a questo dovere dovrebbero essere ritenuti colpevoli e responsabili dei crimini, pur commessi dai privati, ai danni di altre comunità o città[15]. Il fatto criminoso di un privato, se

[12] ALBERICO GENTILI, *Il diritto di guerra*, cit., libro I, cap. 21, pp. 149-150: «I nostri giureconsulti aggiungono più chiaramente che ciò che è stato fatto dalla maggior parte è fatto dalla corporazione, ed è pubblico se è fatto non dalla maggior parte dei singoli, ma dalla maggior parte della corporazione [ANDREA ALCIATO, *in l. 27, de rebus creditis si certum petetur* = *Dig.*, XII,1,27; *Consilia*, V, 23, nn. 7-9]. Questo è assodato. A proposito della riunione legittima, i nostri giuristi ritengono che essa debba essere convocata al suono di una tromba, o di una campana, o in altro modo conforme a consuetudine. Inoltre, qualora non vi partecipino tutti i cittadini, il fatto compiuto dalla corporazione deve essere preceduto da una comune deliberazione, e non basta che si scenda in campo armati con le insegne della città. Ma se partecipa tutta la cittadinanza, allora sono superflue tutte queste cose [168] e in particolare la deliberazione, perché i fatti tengono il luogo delle parole. Così insegna anche il Ferretti, che riprende la lezione di Pietro d'Ancarano. Credo di aver detto abbastanza su questo argomento. Voglio solo aggiungere che questi criteri valgono solo per i delitti che discendono da una condotta attiva, e non per quelli omissivi, per i quali non sono necessarie tante solennità [BALDO DEGLI UBALDI, *Consilia*, I, 283, n. 1]».

[13] ALBERICO GENTILI, *Il diritto di guerra*, libro I, cap. 21, cit., p. 143. Gentili rinvia a due *consilia* di Filippo Decio, nei quali il giureconsulto milanese afferma, sulla scorta di un consolidato orientamento dottrinale, che il fatto illecito è ascrivibile alla comunità solo se è stato commesso «ex deliberatione consilii» o «de communi consilio communitatis»: PHILIPPI DECII MEDIOLANENSIS *Consilia sive responsa*, Venetiis, Ad Candentis Salamandrae insigne, 1570, I, *consilium 221*, c. 239vA, n. 1 e II, *consilium 667*, c. 653rA, n. 9.

[14] ALBERICO GENTILI, *Il diritto di guerra*, libro I, cap. 21, cit., p. 143; con rinvio ancora una volta a due *consilia*, precisamente a BALDO DEGLI UBALDI, *Consilia*, III, 47, n. 1 e ANDREA ALCIATO, *Consilia*, III, 7, nn. 15-21.

[15] *Ibidem*, p. 146.

ripetuto e non occasionale, passando attraverso l'inazione dell'autorità che detiene un potere di giurisdizione, assume dunque una rilevanza tale da far ricadere sull'intera comunità la responsabilità dello stesso. Quindi la città risponde in proprio non solo per il fatto commesso in ottemperanza a una deliberazione del consiglio legittimamente convocato, ma anche quando abbia omesso di intervenire per punire i fatti illeciti dei propri cittadini.

Queste osservazioni di Gentili, come detto, non rappresentano in sé una novità ma discendono dalla migliore riflessione giusdottrinale dell'età precedente[16]. Vale però la pena di sottolineare una circostanza: quasi tutti i rinvii posti nelle note di Gentili in relazione al tema dell'università e della distinzione tra fatto pubblico e fatto privato nel senso detto sono rivolti alla letteratura consulente. È dunque nei *consilia* che il Sanginesino rintraccia le coordinate normative intorno al problema della responsabilità della comunità e ai *consilia* dei vari Baldo degli Ubaldi, Alessandro Tartagni, Andrea Alciato, Filippo Decio, Giovanni Cefali egli rinvia il suo lettore.

Qui il *consilium* rivela la sua seconda, ma non secondaria, natura. Se infatti l'autorevole opinione del sapiente ha certamente il primario compito di rassicurare o illuminare il giudice su un punto controverso di diritto oppure di giovare a una delle parti in causa offrendo una verosimile interpretazione delle norme da applicare al caso, è anche vero che la sua utilità non viene meno con l'esaurirsi del processo. Esso rimane un riferimento per la risoluzione di eventuali casi simili che possano riproporsi nuovamente all'attenzione del giudicante, nella veste di sforzo ermeneutico compiuto non intorno a un luogo del *Corpus iuris*, ma a partire da una questione concreta. Ed è stato opportunamente rilevato come la costruzione, seppur teorica, della *persona ficta* avesse il compito, assegnatole dai giuristi medievali, di dare risposta a una serie di problemi molto concreti[17]. Ecco perché la sede della consulenza in processo diventa un luogo in cui rintracciare importanti contributi per una storia della

[16] La riflessione procedeva da alcune norme statutarie che prevedevano la responsabilità del Comune per il comportamento delittuoso dei propri cittadini; su ciò si veda P.S. Leicht, *Ricerche sulla responsabilità del comune in caso di danno. Contribuzione alla storia dell'università medievale*, in P.S. Leicht, *Scritti vari di storia del diritto italiano*, I, Milano 1943, pp. 7-39; G.P. Massetto, *Responsabilità extracontrattuale (dir. interm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano 1988, pp. 1099-1187, in particolare pp. 1111-1116.

[17] «L'universitas, in effetti, è una di quelle materie per le quali veramente si può dire che l'elaborazione dottrinale era nata dalle cose e marcatamente si era sviluppata sui problemi pratici»: I. Birocchi, *Persona giuridica nel diritto medioevale e moderno*, cit., p. 408.

persona giuridica nell'età intermedia. Senza contare che il *consilium* era per il giudice, ed è oggi per lo storico, uno strumento preziosissimo di orientamento, una sorta di mappa, all'interno della disciplina giuridica di un istituto. Questa, assai di rado, prima del XV secolo, era raccolta e ordinata in un trattato monografico, trovandosi piuttosto frammentata e dispersa nelle glosse e nei commenti ai più diversi luoghi dei *libri legales*.

Una conferma di ciò mi pare possa giungere da un *consilium* di Paolo di Castro che si distingue sia per la rilevanza storica e politica del caso che lo ha originato sia per il complesso intreccio di questioni che il giurista deve affrontare e risolvere e che lo costringono a scrivere una sorta di piccola *summa* in materia[18]. Si tratta del *consilium 423*, contenuto nel primo volume dei *responsa* nell'edizione veneziana del 1580[19]. Fu scritto con ogni probabilità negli anni che vanno dal 1404 al 1407, certamente durante il periodo dell'insegnamento senese di Paolo di Castro, visto che il giurista si qualifica come *doctor senensis*[20].

Il parere di Paolo fu rilasciato all'interno del contenzioso, non limitato al solo piano giuridico, che contrappose assai duramente la Repubblica di Genova alla Repubblica di Venezia negli anni che vanno dal 1402 al 1409[21]. Più precisamente, siamo all'indomani dello scontro di Modone (inizi di ottobre del 1403), quando la flotta veneziana guidata da Carlo Zeno ebbe la meglio su quella genovese comandata in prima persona dal maresciallo di Francia Jean Le Maingre detto il Boucicault, governatore di Genova dal 1401, anno d'inizio del protettorato francese sulla città

[18] Sulla figura di Paolo di Castro e, in particolare, sulla sua attività di *consiliator* si rinvia a N. DEL RE, *Paolo di Castro, dottore della verità*, in «Studi senesi», III serie, 19, 1970, pp. 213-263; G. D'AMELIO, voce *Castro, Paolo di*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, XXII, Roma 1979, pp. 227-233; L. MARTINES, *Lawyers and Statecraft in Renaissance Florence*, Princeton NJ 1968, pp. 499-500; J. KIRSHNER, *Paolo di Castro on cives ex privilegio: A Controversy over the Legal Qualifications for Public Office in Early Fifteenth Century Florence*, in A. MOLHO - J.A. TEDESCHI (edd), *Renaissance. Studies in honor of Hans Baron*, Firenze 1970, pp. 229-264; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Sur un consilium de Paul de Castre*, in *Estudios de historia del derecho europeo. Homenaje al profesor G. Martínez Díez*, I, Madrid 1994, pp. 367-372; A. ROMANO, *La giurisprudenza consulente e Paolo di Castro. Alcuni consilia inediti del ms. Venezia, Bibl. Marciana, lat. 2324*, in «Rivista di storia del diritto italiano», 61, 1988, pp. 141-170.

[19] PAULI CASTRENSIS *Consiliorum sive responsorum, Volumen Primum*, Venetiis 1580, *consilium* 423, cc. 217rB-219rA.

[20] G. D'AMELIO, voce *Castro, Paolo di*, cit., p. 229.

[21] Una ricostruzione degli eventi di quegli anni si può leggere in F. SURDICH, *Genova e Venezia fra Tre e Quattrocento*, Genova 1970, pp. 43-141.

ligure[22]. Proprio il Boucicault era l'artefice di una politica ostile a Venezia che aveva innalzato la tensione tra le due città marinare[23].

Le questioni su cui il giurista è chiamato a esprimere il suo parere vertono sostanzialmente intorno alla determinazione delle diverse responsabilità private e/o collettive delle due città e dei rispettivi comandanti delle flotte, Carlo Zeno e il Boucicault, per i reciproci danni arrecati. Il primo punto controverso in diritto, su cui Paolo di Castro è chiamato a pronunciare il suo parere, è strettamente dipendente dall'intreccio, quasi inestricabile, tra la dimensione del collettivo e quella del privato che si riscontra nella vicenda. Nello scontro di Modone infatti Venezia si era impadronita non solo di beni e navi della Repubblica genovese, ma anche di alcune proprietà personali del Boucicault. Considerato che il 22 marzo 1404, a Venezia, fu stipulata una pace tra le due Repubbliche, ci si chiede innanzitutto se tale accordo abbia estinto il diritto del Governatore di pretendere il risarcimento per i danni *privati* arrecatigli.

Paolo di Castro risponde negativamente, sulla base di due distinte argomentazioni. La prima poggia sul principio, sempre desunto dal diritto romano, per cui nel caso di un credito solidale, uno dei creditori non può novare il negozio danneggiando l'altro, la seconda si fonda sulla assimilazione, già presente fin dalla riflessione dei glossatori, della comunità a un minore. Ecco dunque Paolo di Castro richiamare le norme del diritto privato romano, in particolare quelle che sanciscono che il perdono o la remissione di un debito da parte del figlio non pregiudicano il padre[24]. Senza contare che i procuratori di Genova che stipularono l'accordo con Venezia dichiararono esplicitamente di parlare a nome della sola comunità di Genova e non anche a nome e nell'interesse del Governatore. Le norme del diritto privato della tradizione romanistica sono qui utilizzate da Paolo di Castro per marcare la differenza tra l'agire della comunità e l'agire del singolo (che però in questo caso è al tempo stesso

[22] Sulla figura del Boucicault si veda D. LALANDE, *Jean II Le Meingre, dit Boucicault (1366-1421). Étude d'une biographie héroïque*, Genève 1988, in particolare, per il periodo e le vicende che qui interessano pp. 97-126.

[23] F. SURDICH, *Genova e Venezia*, pp. 49 ss.

[24] PAULI CASTRENSIS *Consiliorum sive responsorum*, *consilium 423*, cit., c. 217vA, n. 2: «Et dico quod non, quia dicta concordia, vel compositio soli communitati Ian. praeiudicare potuit, non autem domino Gubernatori ff. de pac. l. si unus. in princip. et §. si ante omnia [*Dig.* 2,14,27,1 e 4] sicut nec remissio filij nocet patri, etiam super iniuria commissa in personam filij eo. ti. l. in persona. in prin. [*Dig.* 2,14,30] no. de iniurijs. l. sed si unius. §. filio. [*Dig.* 47,10,17,11] in gl. quae incipit secus».

anche il suo rettore e governatore). La separazione tra le sfere dei diritti è così netta, che quand'anche, come è lecito supporre, i procuratori di Genova avessero agito su mandato o con il consenso del Governatore della Repubblica, essi avrebbero potuto comunque disporre e avrebbero disposto solo *super iure communitatis* e non sui diritti privati del Governatore o di altri cittadini[25].

Se si ammette, come fa Paolo di Castro, il diritto del Boucicault di pretendere il risarcimento per i danni subiti, il passo successivo è determinare chi sia tenuto a prestare tale risarcimento.

E qui l'intreccio tra sfera privata e pubblica si fa ancor più fitto.

Nessun dubbio sorge intorno alla responsabilità personale di Carlo Zeno, comandante della flotta veneziana che si scontrò con quella genovese, e questo anche se avesse agito dietro espresso mandato di Venezia, poiché il mandato non scusa del delitto[26]. Maggiori difficoltà sorgono quando si tratti di stabilire se di tale atto debba ritenersi responsabile anche Venezia. Innanzitutto Paolo afferma che la comunità è responsabile *suo proprio nomine*, quindi in prima persona, per il fatto del proprio ufficiale, commesso nell'esercizio delle sue funzioni[27]. Sembrerebbe profilarsi una sorta di responsabilità in virtù del rapporto organico tra la città e il suo ufficiale. Paolo richiama a questo proposito l'opinione di Bartolo da Sassoferrato, che aveva affermato la responsabilità del Podestà per i fatti commessi dalla sua *familia*, limitando una tale responsabilità ai fatti commessi *in officio*[28].

[25] *Ibidem*: «Igitur per hoc ius d. D. Gubernatoris salvum, et illaesum remansit, etiam si ab eo mandatum habuissent ... Nam cum procurator, vel administrator aliquid facit administratorio nomine, totum negotium alienum dicitur scilicet eius cuius nomine administrat, nil autem de iure suo videtur immiscere, hinc est, quod nec tunc de suo proprio dolo, sibi opponitur quod esset si ius suum deduxisse videretur ff. de doli. exce. l. si procurator [*Dig.* 44,4,9] ubi praedicta bene probantur».

[26] *Ibidem*, c. 217vA, n. 3.

[27] PAULI CASTRENSIS *Consiliorum sive responsorum, consilium 423*, cit., c. 217vA, n. 3. Ex quo dico quod ex delicto per ipsum commisso cum d. galeis, tenetur communitas Venetorum, suo proprio nomine. Nam ex maleficio officialium commisso super eo ad quod deputati sunt, seu in officio eis commisso tenetur dominus suo proprio nomine».

[28] BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In Primam ff. veteris Partem*, Venetiis, Apud Iuntas, 1570, *ad l. Debet, ff. Nautae, caupones, stabularii* (*Dig.* 4,9,7), fol. 151vB, n. 1: qui Bartolo, commentando la legge che sancisce la responsabilità del capitano della nave per i fatti dei marinai solo se si sono verificati sulla nave, osserva che «Eodem modo Potestas non debet teneri de facto familiae, nisi delinquentissent in officio».

Ma tale argomentazione doveva sembrare piuttosto fragile al giureconsulto, che si affretta a corroborarla con altre ben più solide.

E allora, anziché insistere sulla responsabilità della comunità per il fatto dell'ufficiale, cui si sarebbe potuto opporre la più affermata regola per cui la comunità non risponde dei delitti dei suoi rappresentanti o rettori perché non si può immaginare che ne abbiano ricevuto mandato, Paolo si concentra su un'altra e più sicura via per giungere ad ammettere la responsabilità di Venezia, ossia quella che passa per il principio secondo il quale una comunità risponde del fatto di un proprio membro o suddito quando avrebbe potuto proibirlo o impedirlo e non lo ha fatto[29]. È lo stesso principio che abbiamo visto essere ricordato da Alberico Gentili e che si lega alla risalente comparsa negli statuti di una serie di norme che sancivano la responsabilità della comunità per il delitto d'autore ignoto di cui fosse stato vittima un membro della comunità stessa. Tale responsabilità era fondata sul potere di giurisdizione e quindi di controllo sul territorio da parte delle autorità comunali, che rispondevano *ex quasi maleficio* a causa della negligenza nell'esercizio di quelle funzioni[30].

L'elemento fondamentale per l'attribuzione di una tale responsabilità appare essere il territorio, cioè il concreto ambito, il confine visibile entro cui si esercita la giurisdizione. Ne è consapevole Paolo di Castro che, nel *consilium*, ricorda come si debba riconoscere la responsabilità del *dominus* per il delitto commesso nel suo territorio anche dal non suddito, se il signore ne è a conoscenza e non interviene[31]. Certo è che l'importanza dell'elemento territoriale appare a prima vista un ostacolo al richiamo di questo tipo di responsabilità, poiché l'attacco dello Zeno è chiaramente avvenuto fuori dal territorio veneziano; ma l'obiezione è superata in forza del fatto che il bottino della battaglia vinta fu portato da Carlo Zeno a Venezia. Il governo della Serenissima, non costringendo lo Zeno a restituire i beni predati, ha così tacitamente rati-

[29] PAULI CASTRENSIS *Consiliorum sive responsorum, consilium 423*, cit., c. 217vB, n. 3: «Praeterea ex delicto commisso per subditum domino sciente, et prohibere valente, tenetur dominus suo nomine, et ex sua propria persona».

[30] P.S. LEICHT, *Ricerche sulla responsabilità del comune*, cit., pp. 10-19; G.P. MASSETTO, *Responsabilità extracontrattuale*, cit., pp. 1111-1116; G. CHIODI, *«Delinquere ut universi»*, cit., pp. 95-96; D. QUAGLIONI, *«Universi consentire non possunt»*, cit., p. 413.

[31] PAULI CASTRENSIS *Consiliorum sive responsorum, consilium 423*, cit., c. 217vB, n. 3: «Ex delicto commisso in territorio alicuius domini, etiam per non subditum, dominus sciens, et prohibere valens, tenetur etiam ipse».

ficato l'operato del capitano, facendolo proprio e quindi assumendosene la responsabilità[32].

Se dunque in un primo momento Paolo di Castro sembrava voler affermare la responsabilità collettiva della città di Venezia per il fatto del suo ufficiale, in seconda battuta egli preferisce appoggiarsi al sostegno, più sicuro, della responsabilità della comunità per il fatto commesso nel territorio, o meglio per il fatto illecito che la comunità avrebbe potuto e dovuto impedire o, quantomeno, punire una volta commesso. Si conferma da un lato la regola per cui la comunità non risponde del fatto doloso (e criminale) di chi la rappresenta, se non vi è stato uno specifico mandato, ma risponde invece, in forza del potere di giurisdizione, se manca di fare giustizia. Nel caso di specie Venezia è responsabile come collettività per aver mancato di punire il comandante Zeno e per non aver disposto la restituzione a Genova e soprattutto al Boucicault dei beni sottratti.

La vertenza che oppone Genova e il suo governatore a Venezia è ulteriormente complicata dal fatto che, lungi dall'attendere il possibile, ma improbabile, risarcimento, il Boucicault assaltò e si impossessò di una nave veneziana, dichiarando di aver agito per rivalersi dei danni personalmente subiti. Esclusa fin dal principio la responsabilità della città di Genova per un comportamento che il Governatore stesso dichiara volto alla sua 'privata utilità', Paolo di Castro è chiamato a giudicare della legittimità o meno di un atto che ha tutta l'apparenza di una illecita rappresaglia.

Paolo pone una preliminare distinzione, che concerne la proprietà del bene. Infatti se la nave predata dal Boucicault appartiene alla comunità di Venezia in quanto tale e non a singole persone («tanquam bona universitatis non singulorum») e quindi non è un bene privato, allora l'atto di appropriazione è lecito e non può parlarsi in questo caso di rappresaglia. Infatti, ammessa, come visto sopra, la responsabilità *in nomine proprio* della città di Venezia per gli atti dello Zeno, considerato che Venezia è sovrana, non avendo alcun superiore, e che la stessa Repubblica veneta non ha provveduto a risarcire il Governatore di Genova incorrendo in un

[32] *Ibidem*: «Cum res praedatae, fuerint Venetias portatae et contrectatae, et sic mutatione territorij secuta nova contrectatio ne novum furtum commissum videtur ... Praeterea ex delicto commisso per subditos tenetur civitas, seu dominus contractae si ad eos pervenit ff. de vi et vi. ar. l. si vi. me. [*Dig.* 43,16,4] et l. j. §. si filius cum seq. [*Dig.* 43,16,1,20]. Sed hic ad dictos Venetos pervenerunt dictae res ablatae, quia dicitur quod eisdem fuerunt assignatae ff. de haer. vel act. ven. l. ij §. pervenisse [*Dig.* 18,4,2,3]. Et generaliter omnis ille ad quem res ablatae scienter, conveniri potest ad restitutionem extra de de rest. spo. c. saepe [18, X, II, 13] de iud. c. quia G. [11, X, II, 1]».

chiaro caso di denegata giustizia, ecco che si deve ammettere la facoltà per il danneggiato di farsi giustizia da sé. Di questo infatti si tratterebbe nel caso presente. Non è un caso di rappresaglia, che si rivolge a un soggetto diverso dall'autore del torto, bensì, di fronte alla mancanza veneziana e all'impossibilità di ricorrere ad altri per ottenere soddisfazione, di un atto di giustizia personale e difensiva, ammessa da quella norma del diritto delle genti, contenuta nel *Digesto* (*Dig.* 1,1,3), per cui è possibile a ciascuno difendersi con la forza di fronte a un attacco ingiusto che si rivolga contro la propria persona o contro i propri beni[33].

Nel caso in cui, invece, la nave, con i beni annessi, non sia della comunità, ma di un privato, la questione diviene ancora più complessa. Se infatti il Boucicault si fosse impossessato di una nave privata per soddisfare il suo credito verso Venezia, avrebbe commesso un illecito atto di rappresaglia, o *pignoratio*[34].

Paolo di Castro invece afferma senza esitazioni che il Governatore, catturando la nave di un privato cittadino veneziano ha esercitato un suo diritto e non ha commesso alcun atto di rappresaglia. Infatti il Boucicault non ha in realtà colpito una persona diversa del suo debitore principale

[33] *Ibidem*, c. 217vB, n. 4.: «Item notorium est, quod dicta communitas non recognoscit superiorem, coram quo potuerit d. dominus locumtenens consequi iustitiam suam de ipsa, sive de iure, sive de facto non recognoscat. iuxta ea quae no. in l. hostes ff. de cap. [*Dig.* 49,15,24] per Bar. C. de anno. et tribu. l. mediterraneae. et l. pro locis [*Cod.* 10,16,9 e 6]. Igitur licuit eidem domino sibi ius dicere, et propria auctoritate capere rem sui debitoris, seu debitores C. de iud. l. nullus [*Cod.* 1,9,14]. ff. quod vi aut clam. l. si alius §. bellis. [*Dig.* 43,24,7,3] et c. et quod utrobique no. alias enim ius d. domini perisset, quod lex non patitur ff. quae in fra. cre. l. ait praetor §. si debitorem [*Dig.* 42,8,10,16] et quod no. ff. de pi. l. quaesitum [*Dig.* 20,1,14]. Praeterea cum non subsit magistratus, qui ius reddat de ipsa civitate, vel communitate, perinde habetur quo ad ipsam, ac si iura edita non fuissent. ff. de orig. iu. l. 2 §. post originem [*Dig.* 1,2,2,13]. Et sic sumus in institutis iurisgentium quo vim vi propulsare licet, non solum a principio, sed ex intervallo, et non solum per tuitionem personae, sed etiam rerum ff. de iust. et iu. l. ut vim [*Dig.* 1,1,3]. C. unde vi. l. j. [*Cod.* 8,4,1]. ad. l. Aquil. l. 4. §. j [*Dig.* 9,4,2,1] cum l. sequen. dum modo non ad vindictam eo. tit. scientiam §. qui cum aliter [*Dig.* 9,2,45]».

[34] *Ibidem*, c. 217vB, nn 4-5: «Nam aut eam coepit pro debito, seu obligatione ipsius communitatis, et non videtur potuisse ... Nam tunc ista captura in ambobus casibus diceretur pignoratio, seu represaliae, quae permissae non sunt in Auth. ut pi. non fiant [Nov. 52 = *Auth. LI, Coll. V, tit. 5*] et de iniu. et dam. da. cap. j. lib. 6 [*cap. un.*, VI, V, 8] nisi duobus concurrentibus, scilicet quod requisitus fuerit superior ipsius debentis, quod faciat iustitiam, et non fecerit, quo casu propter delictum talis superioris negligentis iustitam facere, possunt capi subditi ipsius superioris negligentis. Secundo quod auctoritas superioris ipsius exercentis represalias intervenerit. 23. q. 2. c. dominus noster et c. j [2, e 1, C. XIII, q. 2]».

(circostanza che qualifica la rappresaglia in senso proprio), ma la comunità veneziana sua debitrice, in quanto la città «possiede un diritto tanto sulle persone suddite quanto sui loro beni»[35].

La conclusione può apparire sorprendente, in quanto contrasta con il principio che prevede la netta separazione del patrimonio della comunità da quello degli appartenenti alla stessa e che porta a escludere che il singolo possa essere chiamato a rispondere con i suoi beni privati delle obbligazioni, anche extracontrattuali, dell'università.

Si potrebbe pensare a una interpretazione forzata, volta a suffragare le ragioni di Genova e del Boucicault, a favore del quale il *consilium* fu con ogni probabilità rilasciato. Ma la paternità di una tale tesi non spetta a Paolo di Castro, che invece rinvia alla Glossa e all'autorevolissima opinione di Bartolo da Sassoferrato[36]. Questi, commentando la *l. Pro haerede,* titolo *de adquirenda vel amittenda haereditate* (*Dig.* 29,2,20), aveva osservato che così come il creditore può rivalersi, in caso di necessità (*propter necessitatem*) sulla persona del debitore, allo stesso modo a causa del delitto di una comunità che si rifiuti di fare giustizia, in assenza di un superiore, «possunt capi homines illius civitatis, in quos civitas habet ius»[37]. Sul punto Bartolo rinvia al suo *Tractatus represaliarum*, composto nel 1354, dove più diffusamente si occupa del problema. In questa sede il giurista si chiede se *contra singulares homines*, che non rivestano alcun incarico nel Comune, possa essere concessa la rappresaglia e immediatamente ricorda l'opinione contraria di Iacopo da Belviso, secondo il quale gli *homines singulares* non sono tenuti a rispondere *pro debito civitatis*[38].

[35] *Ibidem*, c. 218rA, n. 5: «Certum est, quod dicta communitas habet ius tam in personis sibi subditis, quam in bonis ipsarum».

[36] *Ibidem*: «Igitur dictae personae subditae, et bona ipsarum capi possunt in subsidium pro debito communitatis, quia non dicitur capi alius pro alio, vel bona unius pro obligatione alterius; imo res communitatis pro ipsa communitate pro hoc tex. cum glo. ff. de acq. haer. l. pro haerede §. Papi. [*Dig.* 29,2,20,4] in fi. gl. magnae et ibi not. per Bar.».

[37] BARTOLUS A SAXOFERRATO *In Primam Infortiati Partem*, Venetiis, Apud Iuntas, 1570, *ad l. Pro haerede, § Si quid tamen, ff. de adquirenda vel amittenda haereditate* (*Dig.* 29,2,20,3), c. 160vA, n. 3: «Hoc allegavi in materia represaliarum in j. quaestione, quod sicut proprter necessitatem potest creditor capere personam liberam, in quam habet ius debitoris, ut puta, libertum suum, ut tibi operetur. ita propter delictum communitatis non reddentis ius, si superioris copia haberi non potest, possunt capi homines illius civitatis, in quos civitas habet ius».

[38] BARTOLI A SAXO FERRATO *Consilia, Quaestiones, et Tractatus*, Venetiis, Apud Iuntas, 1570, *Tractatus represaliarum, Quaestio sexta, § ad quartum*, c. 125vA, n. 6: «Ad quartum quaeritur, an contra singulares homines, qui nihil habent facere in officio, vel regimine

La citazione di Iacopo da Belviso mostra come la questione concerna la rappresaglia in senso lato, intesa, come lo stesso Bartolo spiega all'inizio del suo *Tractatus*, come la possibilità concessa al creditore di rivalersi in proprio sulla persona o sui beni del suo debitore principale[39]. Se fosse altrimenti l'obiezione di Iacopo da Belviso non avrebbe avuto valore alcuno, visto che la rappresaglia in senso proprio è esattamente la possibilità di soddisfare il proprio credito agendo contro una persona diversa dal debitore principale, seppur a questa collegata attraverso la cittadinanza.

Bartolo, dunque, risponde a Iacopo osservando che a causa del delitto di una città, in assenza dell'intervento riparatore del *dominus*, è lecito a chi sia stato danneggiato dichiarare una guerra, che finisce inevitabilmente per coinvolgere tutti i sudditi del *dominus* negligente[40]. Il diritto canonico, in particolare il canone *Dominus noster* contenuto nel *Decretum* di Graziano è richiamato al fine di ricordare la liceità della guerra condotta per riparare a un'ingiustizia e come la guerra investendo un intero popolo finisca per arrecare danno anche agli innocenti. Proprio la preoccupazione di salvaguardare gli innocenti era stato uno dei motivi che avevano spinto Innocenzo IV a escludere la possibilità di scomunicare la collettività, la *persona ficta*. La decisione del pontefice era divenuta in breve il termine di confronto obbligato per la risoluzione del problema della punibilità dei corpi. Bartolo, pur riconoscendo, in forza della decretale innocenziana, che l'università non può essere scomunicata, rammenta che è lecito lanciare l'interdetto contro le città. La *sententia interdicti*, dice Bartolo, «ligat in quolibet populo etiam innocentes». Se dunque singoli cittadini,

civitatis possunt represaliae concedi? Ia de Bel. in praedicta disputatione dicit, quod nullo modo possunt contra tales represaliae concedi: quia pro debito civitatis non tenentur homines singulares».

[39] BARTOLI A SAXO FERRATO *Quaestio prima, § Ad primum*, c. 122vA, n. 2: «Respondeo, et ad declarationem huius tractatus, et totius quaestionis praemitto, quod represaliae possunt multum late accipi, pro omni eo quod habet potestatem, personam, vel res alterius capiendi, et sic comprehenderent eum, qui habet potestatem capiendi ipsum principalem debitorem, vel res ipsius, quod hic non intendo tractare, sed solum quando conceditur licentia capiendi personam, vel res alterius pro altero. et istae sunt quae in vulgari nostro vocantur represaliae: de iuri communi vocantur pignorationes».

[40] BARTOLI A SAXO FERRATO *Quaestio prima, § Ad secundum*, c. 122vA-B, n. 7: «Nam ubi alia remedia cessant contra debitorem, possunt capi homines liberi, in quibus debitor ius habebat, ut puta liberi, casus est singularis. ff de acqui. hae. l. pro haerede §. si quid tamen [*Dig.* 29,2,20] et ibi no. in fi. gl. mag. Sed civitas, vel dominus iustitiam facere negligens, vel recusans, est debitor iustitiam postulantis, ergo homines subditi illi domino, vel populo capi potuerunt. Praeterea, propter delictum domini negligentis facere iustitiam potest indici bellum, contra totam terram, et omnes gentes subditas sibi».

*homines singulares*, possono essere privati della sepoltura e dei sacramenti a causa di un delitto non direttamente loro ascrivibile, a maggior ragione potranno essere privati della libertà o di beni materiali. Nel caso in esame la rappresaglia è dunque una sorta di guerra particolare, che può consentire, *ex causa necessitatis* (quindi non come rimedio normale), di colpire il singolo, personalmente incolpevole, in virtù del fatto che la città ha uno *ius* sulla sua persona[41].

Vale poi la pena di sottolineare come Bartolo alleghi a sostegno di questa tesi, e contro quindi l'opinione che si poteva trarre dalla decisione di Innocenzo IV, le norme emanate da Federico II nella *Constitutio in Basilica beati Petri* e ciò richiamando sia il testo collocato nella *Decima collatio* (Bartolo rinvia agli *usus feudorum*), sia alcuni passaggi della costituzione collocati nel *Codex*, in forma di *authentica*. Più precisamente Bartolo cita i luoghi in cui si prevede che il territorio e i beni della città che attenti alla libertà della Chiesa o non si attivi contro l'eresia possano essere da chiunque occupati[42].

La tesi bartoliana ricevette assai presto la prima severa critica. Il maggiore allievo di Bartolo, Baldo degli Ubaldi, nel suo commento all'autentica *Et omnino,* inserita nel *Codex* sotto il titolo *Ne uxor pro marito* (*Cod.* 4,12, 4) contesta l'opinione del maestro, ricordando sia Iacopo da

[41] BARTOLI A SAXO FERRATO *Quaestio sexta, § ad quartum*, c. 125vA, n. 6: «Sed mihi videtur contrarium per d. c. dominus noster 23. q. 2 [2, C. XXIIII, q. 2]. ubi dicitur gens, vel civitas plectenda est, tota ergo gens civitatis plectitur. Praeterea, licet sententia excommunicationis non posset ferri in universitatem, ut d. c. Romana [64, X, V, 39]. tamen fertur sententia interdicti, quae ligat in quolibet populo etiam innocentes. ut c. si sententia. extra. de sent. excom. lib. vj [16, VI, V, 11]. Si ergo potest hominibus singularibus propter delictum interdici ecclesiasticum sacramentum, et sepultura, multo magis possunt eorum bona temporalia auferri, et possunt capi propter quod interdicitur ei uti propria libertate, haec enim animam non ligant. Praeterea, concedere represalias est quasi quoddam bellum particulare indicere, ut supra dictum est in praecedentibus, sed in illo bello etiam innoxij capiunt: ergo, et c. Hoc probatur in c. dominus noster».

[42] *Ibidem*, c. 125vA, n. 7: «Praeterea, licet ille, qui capitur, sit innocens, tamen civitas habet ius merum, et tunc ex causa necessitatis potest capi, ut dixi supra q. ij. pro hoc, in usib. feud. et de stat. contra libertatem ecclesiae §. j [*Volumen*, Augustae Taurinorum, Apud Haeredes Nicolai Bevilaquae, 1576, *Constitutiones Friderici II, De statutis, et consuetudinibus contra libertatem Ecclesiae, titulus unicus*, coll. 820-823] et §. si vero dominus et C. de sacrosan. eccl. auth. cassa. [*Codicis Dn. Iustiniani*, Augustae Taurinorum, Apud Haeredes Nicolai Bevilaquae, 1576, *Auth. Cassa, post l. Privilegia, C. De sacrosanctis ecclesiis* (*Cod.* 1,5,12), coll. 24-25] ibi, bona eorum per totum nostrum imperium ab omnibus occupentur. et C. de haereti. auth. si vero dominus [*Codicis Dn. Iustiniani*, *Auth. Si vero dominus post l. Manichaeos, C. De haereticis et Manichaeis* (*Cod.* 1,8,4), col. 96]. et sic contra omnes possunt concedi et ita de consuetudine observatur».

Belviso che escludeva la possibilità di convenire il singolo per il debito dell'università, sia la decisione di Innocenzo IV di non ammettere la scomunica degli enti collettivi. Bartolo avrebbe erroneamente ritenuto che la colpa dell'università si possa trasferire ai singoli in virtù di uno *ius* che essa possiede sui propri membri. Ma questa *ratio* avanzata dal maestro sarebbe *frivola*, poiché un tale diritto sulle persone singole non pare possa essere riconosciuto e attribuito alla città («non est in potestate civitatis»). Di fronte all'interdetto di una città è preferibile pensare, dice Baldo, che gli innocenti siano colpiti perché è impossibile distinguerli dai colpevoli; in tutti i casi in cui questa distinzione può essere fatta solo i secondi vanno puniti[43].

Nonostante la critica di Baldo, la tesi bartoliana non è abbandonata, visto che Paolo di Castro, nel *consilium* in esame, la riprende *in toto* e sulla base di quella giustifica l'operato del Governatore di Genova Jean Le Maingre, che aveva assalito e catturato la nave di un privato cittadino veneziano per rivalersi del credito che riteneva di vantare nei confronti della Serenissima[44].

La tesi di Bartolo, ripetuta da Paolo di Castro, non può peraltro essere intesa come una sconfessione della dottrina del principio della netta separazione tra la responsabilità e il patrimonio della collettività e la responsabilità e il patrimonio del singolo. Che in via generale il singolo non debba rispondere dei debiti della comunità è una regola che entrambi

[43] BALDI UBALDI PERUSINI *In Primum, Secundum, et Tertium Codicis Libros Commentaria*, Venetiis 1599, *ad auth. Et omnino, l. Cum te, Ne uxor pro marito* (*Cod.* 4,12,4), c. 23vB, n. 6: «Sed Bart. dicit contrarium, quod universalis culpa iuris interpretatione transit ad omnes, qui non possunt ab universitatis corpore separari, sicut dicimus in sententia interdicti lata in universitate. facit c. j. extra de postul. [1, X, I, 5] et addit talem rationem, quia liber homo capitur pro iure, quod habet in eo dominus suus, ut l. pro heredes §. si quid tamen ff. de acqui. here. [*Dig.* 29,2,20,3] ergo et civis pro culpa civitatis, quia civitas habet in ipsos ius ... Sed melior est prima ratio, quod propter difficilem discretionem culpabilium, vel inculpabilium universi includuntur, ar. de usus. ff. l. usufructuarium §. si vivarijs [*Dig.* 7,1,62,1], secus autem si discerni possunt, puta quia decuriones tantum fuerunt in culpa simul cum magistratibus ... ratio notatur quam Bart. assignat de ratione personae, est frivola, quia istud ius non est in commercio, nec in potestate civitatis, argu. ff. fami. ercis. l. quaedam mulier [*Dig.* 10,2,41] in eo quod ibi dicit de decisione libertorum».

[44] PAULI CASTRENSIS *Consiliorum sive responsorum, consilium 423*, cit., c. 218rA, n. 5: «Quia verum est, quod pro debito universitatis non possunt capi res singulorum, quando contra ipsam communitatem potest esse provisum, vel consultum, et super communi dictae civitatis, ut l. j. §. j. quod cuiusque uni. [*Dig.* 3,4,7] alias in subsidium devenitur etiam ad personas illi subditas».

i giuristi ribadiscono in più luoghi della loro riflessione. Lo stesso Paolo di Castro, come visto, ne dà ampia dimostrazione nella prima parte del *consilium*. L'apparente deroga a questa regola pare derivare dalla dimensione 'pubblicistica' in cui si inseriscono sia il discorso di Bartolo che quello di Paolo di Castro. Per quanto concerne il pensiero di Bartolo, questi si riferisce non a qualsivoglia collettività, ma alla *civitas* titolare di un potere di giurisdizione che, come ha osservato Pietro Costa, la pone al vertice di un processo di potere effettivo, la rende, se non sovrana perchè sovrano è l'imperatore, quanto meno *suprema,* titolare di un potere di supremazia[45].

Appartenere a una *civitas* comporta la sottoposizione a una potestà che Bartolo definisce maggiore di quella che il padre ha sul figlio e che, nella veste della *iurisdictio*, si traduce in uno *ius* sulla persona e i beni del suddito[46]. Del resto già una glossa accursiana alla *lex De iure*, titolo *ad municipalem et de incolis* (*Dig.* 50,1,37) aveva qualificato il diritto di una città sul cittadino come una *quasi possessio*[47], un'espressione con cui il giurista dell'età intermedia traduceva in termini privatistici e dominativi il possesso di un diritto nei confronti di una persona, come ad esempio nel caso dei rapporti feudali e servili[48]. È in virtù di questa appartenenza e di questo diritto (che è imputabile alla *res publica* e perciò può qualificarsi come un 'diritto pubblico') e non perché il giurista ancora confonda collettività e singoli appartenenti ad essa che si può ammettere,

[45] P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano 2002, p. 257.

[46] BARTOLI A SAXO FERRATO *Consilia, Quaestiones, et Tractatus*, Venetiis, Apud Iuntas, 1570, *Tractatus represaliarum*, *Quaestio quinta*, *§. Ad primum*, c. 124vA, n. 1. Sul punto D. QUAGLIONI, *«Civitas»: appunti per una riflessione sull'idea di città nel pensiero politico dei giuristi medievali*, in V. CONTI (ed), *Le ideologie della città europea. Dall'Umanesimo al Romanticismo*, Firenze 1993, pp. 59-76, in particolare pp. 61-62.

[47] *Digestum Novum*, Augustae Taurinorum, Apud Haeredes Nicolai Bevilaquae, 1576, gl. *Ad munera ad l. De iure, ff. ad municipalem et de incolis* (*Dig.* 50,1,37), col. 1563: «Erat enim civitas in quasi possessione [del proprio cittadino]».

[48] La *quasi possessio* indica il possesso di un diritto e non la mera apprensione materiale ed era nozione utile alla definizione di una serie di rapporti di carattere personale (feudali, servili, coniugali), che in forza di ciò erano rafforzati e radicati in una più rassicurante 'realità': L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Appunti sulla «quasi possessio iuris» nell'opera dei giuristi medievali*, in «Bullettino dell'Istituto di diritto romano», 19, 1977, pp. 69-127, in particolare pp. 108-123, nonché E. CONTE, *Servi medievali. Dinamiche del diritto comune*, Roma 1996, in particolare pp. 151-211; G. MARCHETTO, *Diritto sul corpo e 'servitù coniugale' nella dottrina canonistica pretridentina*, in «Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento», 34, 2008, pp. 89-112.

nella situazione eccezionale descritta, che il singolo paghi per una colpa della città cui appartiene. Ed è ciò che accade normalmente in caso di guerra, nella quale finiscono inevitabilmente coinvolti anche gli innocenti.

Paolo di Castro riprende dunque quei passi bartoliani e li applica al caso concreto su cui si trova a rilasciare il suo parere. La responsabilità di Venezia, città sovrana, e la denegata giustizia giustificano l'aggressione del Boucicault. Questa non può considerarsi un atto di rappresaglia in senso proprio, ma solo in senso lato, perché ad essere colpito è il debitore principale, Venezia, che detiene la *quasi possessio* della persona e dei beni del proprio cittadino.

Il complicato e non del tutto risolto intreccio tra *utilitas publica* e *utilitas privata* e il collegamento tra *universitas* e potere di giurisdizione, che sembrano costituire la trama della soluzione di Paolo di Castro e che caratterizzano il pensiero giuridico e politico dei giuristi tardo-medievali, non scompaiono dalle opere dei giuristi della prima modernità, ma continuano a rappresentare qualcosa di più di un semplice termine di confronto.

Se torniamo al punto da cui avevamo preso le mosse e cioè al *De iure belli* di Alberico Gentili ne troviamo conferma.

Il problema, nell'ottica di una trattazione di fine Cinquecento sul diritto di guerra, diventa quello del potere del principe sui beni dei privati durante un conflitto[49]. Sempre alla riflessione dei *consiliatores* Gentili riconduce il principio per cui il principe può, in occasione di un trattato di pace, disporre dei beni privati, in conformità a una potestà che gli deriva dal diritto delle genti, anche se è chiaro che tali atti di disposizione sono del tutto privi di causa per il diritto civile. E certo, osserva Gentili nel capitolo terzo del libro terzo della sua opera, «non si è mai sentito dire che dopo una guerra siano state fatte cause da parte dei privati per rivendicare i loro beni ceduti dal principe al nemico. I mali che una guerra porta con sé riguardano il privato non meno frequentemente che il pubblico»[50]. Non manca però un'opinione maggiormente attenta alla distinzione tra la dimensione collettiva e quella privata. E non sorprenderà scoprire che la voce dissonante sia quella di Baldo degli Ubaldi, secondo il quale, riferisce Gentili, «è preferibile che il principe rimanga

[49] Il tema era già stato affrontato da Alberico in una sua *disputatio* del 1587 sulla quale si è recentemente soffermato A. WIJFFELS, *Une disputation d'Alberico Gentili sur le droit du souverain de disposer de son royaume et des biens de ses sujets (1587)*, in *Science politique et droit public*, pp. 469-484.

[50] ALBERICO GENTILI, *Il diritto di guerra*, libro III, cap. 3, cit., p. 444.

nella sfera pubblica senza derogare al diritto privato, perché non è suo compito sostituirsi ai privati per disporre dei loro diritti[51]». L'osservazione del giurista perugino è raccolta da Gentili al fine di sottolineare l'importanza di tenere distinte, ove sia possibile, le questioni pubbliche da quelle private, le obbligazioni e i debiti dei singoli da quelli della collettività in quanto *universitas*, anche in caso di guerra.

Insomma, la dottrina giuridica tra la fine del medioevo e la prima modernità si interroga a fondo sui rapporti tra l'università e il singolo, tra dimensione pubblica e dimensione privata, partendo da quelle situazioni concrete in cui la commistione tra le due appare difficilmente decifrabile e soprattutto si interroga sempre più apertamente, e di questo la letteratura consulente è buona testimone, intorno al conflitto tra i diritti dei singoli (con l'onnicomprensiva espressione *ius civile* che nel tempo finisce sempre più per indicare, come oggi, 'il diritto privato') e l'interesse della *civitas*. I *consilia* di Alessandro Tartagni, di Ludovico Pontano, di Andrea Alciato, di Filippo Decio, richiamati da Gentili, sono accomunati infatti dal ricorrente rinvio alla nozione di *publica utilitas*, apertamente usata per ricondurre a legittimità atti che altrimenti dovrebbero essere qualificati come tirannici, perché pregiudicano i diritti privati. Ma, osserva ad esempio Andrea Alciato, anche ciò che il principe non può fare *de plenitudine potestatis* diventa ammissibile se si aggiunge una *causa publicae utilitatis*. L'interesse pubblico finisce per prevalere in nome della *necessitas* affermandosi quindi nel contesto di una situazione eccezionale che consente al 'sovrano' di fare ricorso a norme che derogano ai principi del diritto civile.

[51] *Ibidem*, p. 445 con rinvio a BALDO DEGLI UBALDI, *In sextum Codicis Librum Commentaria*, Venetiis 1586, ad *l. Quicunque, de fugitivis servis* [*Cod.* 6,1,4], c. 7vA, n. 30.

*Résumé*

«Res publica» und «utilitas privatorum»: Zum Problem der Verantwortung der Gemeinschaft in der beratenden Literatur (15.-16. Jahrhundert)

Ein *consilium sapientis* des Rechstgelehrten Paolo di Castro aus dem 15. Jahrhundert bietet Gelegenheit, sich erneut mit dem kontroversen Thema der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Städten zu beschäftigen.

Das Gutachten von Paolo wurde im Rahmen der nicht allein auf die juristische Ebene beschränkten Kontroverse abgegeben, die von der Republik Genua und der Republik Venedig von 1402 bis 1409 erbittert ausgetragen wurde. Am Vorabend der Auseinandersetzung von Modone (Anfang Oktober 1403) besiegte die venezianische Flotte unter Carlo Zeno die Genueser. Befehligt wurden sie höchstpersönlich vom Marschall von Frankreich Jean Le Maingre, der seit 1401 – dem ersten Jahr des französischen Protektorats über die ligurische Stadt – Gouverneur Genuas war. Im Mittelpunkt des Gutachtens steht das Problem der Verantwortung Venedigs für gewisse Kriegsaktionen, die Carlo Zeno gegen Genua ausgeführt hatte. Gleichzeitig steht die Trennung von städtischem Vermögen und dem Privatvermögen von Bürgern in Ausnahmesituationen wie Krieg zur Diskussion, in denen anscheinend auch der Einzelne persönlich und mit seinen eigenen Gütern für das Verhalten und die politischen Entschlüsse der Zugehörigkeitsgemeinschaft zur Verantwortung gezogen werden kann.

Die Verantwortung der Republik Venedig wird von Paolo di Castro Kraft der Regel vertreten, nach welcher eine Gemeinschaft für die Taten ihrer Mitglieder oder Untertanen haftet, wenn sie diese hätte verbieten oder verhindern können und dies unterlassen hat, oder wenn sie es unterlassen hat, begangenes Unrecht wieder gut zu machen. In unserem Fall hatte Venedig Carlo Zeno und seine Kriegsbeute mit offenen Armen aufgenommen, und da dessen Verhalten nicht getadelt worden war, hatte die Republik dafür die Verantwortung übernommen.

Die Lage wird noch weiter von dem Umstand kompliziert, dass der Gouverneur von Genua, der in den Auseinandersetzungen persönlichen Besitz verloren hatte und Schadensersatz forderte, was Venedig jedoch ablehnte, seinerseits das Schiff eines venezianischen Bürgers beschlagnahmt hatte, um den erlittenen Schaden aufzuwiegen. Allem Anschein nach handelt es sich um eine wiederrechtliche Repressalie, aber Paolo di Castro behauptet, dass Jean Le Meingre, mit der Beschlagnahmung des Schiffes eines privaten venezianischen Bürgers nur von seinem Recht Gebrauch gemacht hätte.

Er hat in der Tat niemand anderen als seinen Hauptschuldner getroffen (ein Umstand, der eine Repressalie als solche auszeichnet), nämlich die in seiner Schuld stehende venezianische Gemeinschaft, insofern als die Stadt ein Recht an ihren Untertanen und deren Gütern hat. Paolo di Castros These, die bei Bartolus de Saxoferrato einen Präzedenzfall hat, darf jedoch nicht als Leugnung des Prinzips der strengen Trennung von gemeinschaftlicher Verantwortung und Gemeinschaftsvermögen und der Verantwortung des Einzelnen und Einzelvermögen verstanden werden. Die Regel, nach welcher der einzelne nicht für die Schulden der Gemeinschaft haften muss, gilt weiter. Ihre teilweise Außerkraftsetzung scheint eher der «staatsrechtlichen» Dimension zu entspringen, in der die Diskurse von Bartolus und Paolo di Castro anzusiedeln sind, die sich in ihren Schriften auf die *civitas*, als Inhaberin einer den Bürgern überlegenen rechtsprechenden Gewalt beziehen. Kraft dessen kann – wenn nötig – die *utilitas privatorum* der höheren *publica utilitas* geopfert werden.

*Übersetzung von Friederike Oursin*

# III.

# L'affermazione di un nuovo ordine del «ius publicum» / Die Etablierung der neuen Ordnung des «ius publicum»

# «Dominium», «iurisdictio», «imperium». Gli elementi non-moderni della modernità giuridica

di *Diego Quaglioni*

La storiografia politologica del nostro tempo, ancorata a schemi cronologici e a categorie interpretative risalenti alla tradizione otto-novecentesca, conserva l'idea che la modernità sorge da uno iato teorico, riposto nell'affermazione di una radicale autonomizzazione della politica e dunque nell'elaborazione del concetto di sovranità e di Stato[1]. Conseguentemente, Stato e sovranità sono apparsi e continuano ad apparire come cifre ultime della modernità giuridica e politica e come presupposti storico-ideologici dello stesso costituzionalismo moderno, in quanto teoria giuridica delle libertà e del potere diviso[2].

Corrono ormai quaranta anni da quando Nicola Matteucci, uno dei più lucidi studiosi della generazione passata nel campo della storia delle

[1] Torno qui su un tema già trattato in diverse occasioni. Mi limiterò a ricordare le riflessioni svolte in *Sovranità e autolimitazione (Rileggendo la «Dottrina generale del diritto dello Stato» di G. Jellinek)*, in M. BASCIU (ed), *Crisi e metamorfosi della sovranità*, Atti del congresso, Milano 1996, pp. 273-282; *Un dogma in crisi: il dibattito sulla sovranità nel pensiero giuspolitico del Novecento*, in A.M. LAZZARINO DEL GROSSO (ed), *Temi politici del Novecento*, Napoli 1997, pp. 13-36; *Sovranità. Un paradigma premoderno*, in U. POMARICI (ed), *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, Torino 2007, pp. 549-562; *La sovranità nella Costituzione*, in C. CASONATO (ed), *Lezioni sui princìpi fondamentali della Costituzione*, Torino 2010, pp. 13-33. Ne ho discusso in sintesi nell'agile volume *La sovranità* (Biblioteca Essenziale, 56), Roma - Bari 2004, sul quale si vedano le recensioni di R. DESCENDRE, *Droit et Littérature*, in «Laboratoire italien», 5, 2004, pp. 245-247; P. COSTA, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 33-34, 2004-2005, pp. 1233-1236; e M. STOLLEIS, *Bürgersouveränität*, in «Rechtsgeschichte», 7, 2005, pp. 172-173. Un'ampia, intelligente e originale discussione delle mie tesi è offerta nell'articolo di A. DI MAURO, *La sovranità fra ideologia e critica. Appunti in margine a un libro di Diego Quaglioni*, in «Nuova Rivista Storica», 90, 2006, pp. 213-242.

[2] Per una sintesi intorno a questi temi mi permetto di rinviare a un mio recente contributo, originato da una ricorrenza significativa quale il sessantesimo della vigente Costituzione della Repubblica francese: D. QUAGLIONI, *Costituzione e costituzionalismo nella tradizione giuridica occidentale*, in M. CALAMO SPECCHIA (ed), *La Costituzione Francese - La Constitution Française*, Atti del convegno, Torino 2009, pp. 7-16.

idee politiche, tracciò un suggestivo, generale schema interpretativo sulla sovranità e sul moderno pensiero costituzionale. Scriveva Matteucci:

> Se concepiamo la storia moderna non come vittoria dello Stato assoluto, ma come vittoria del costituzionalismo, allora ci accorgeremo che l'elemento di continuità di questa lotta è proprio nel suo avversario, la sovranità. Le diverse tecniche del costituzionalismo sono, infatti, tutte dirette a combattere con lo Stato misto e la separazione dei poteri, ogni concentrazione e unificazione del potere, a dividerlo in un equilibrio bilanciato di organi ... Sovranità e costituzionalismo sono sempre stati intesi come termini antitetici»[3].

Oggi come nel medioevo, la sovranità resta un concetto difficile[4]. La sottile dialettica tra diritti dei soggetti e potere statuale ha una lunga e complessa storia. È stato scritto che solo guardando indietro allo sviluppo del pensiero giuridico-politico possiamo valutare se la continuità o la discontinuità regnino tra il XIII e il XVI secolo, o se i princìpi del 'costituzionalismo medievale' abbiano una qualche relazione con i loro moderni corrispondenti[5]. «Simple answers cannot describe the complex evolution of Western theories of sovereignty», ha scritto Ken Pennington, sottolineando tuttavia con estrema decisione il profondo radicamento del pensiero giuspolitico moderno nella tradizione di *ius commune*, fino ad affermare che «we may, with some satisfaction, reflect that when we return to a conception of sovereignty that recognizes norms outside the state's positive law, we shall be returning to a system of thought that has deep roots in Western law»[6].

È fuor di dubbio, che se si vuol riguadagnare il senso della continuità storica nel pensiero politico europeo, occorre ammettere che è possibile

[3] N. MATTEUCCI, *Sovranità*, in *Dizionario di politica*, diretto da N. BOBBIO, N. MATTEUCCI e G. PASQUINO, Torino 1983[2], pp. 1102-1110; poi in N. MATTEUCCI, *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna 1993, pp. 81-99, qui p. 95 (da cui cito).

[4] K. PENNINGTON, *The Prince and the Law, 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, Berkeley - Los Angeles - Oxford 1993, p. 284: «Today as in the Middle Ages, sovereignty remains a difficult concept».

[5] *Ibidem*, pp. 283-284.

[6] *Ibidem*, pp. 284 e 290. Pennington accentua, diciamo in chiave «filomedievistica», una prospettiva che avevo già indicato nei miei studi bodiniani, poi raccolti nel volume *I limiti della sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Padova 1992 (se ne veda la recensione di D.R. KELLEY, in «The Journal of Modern History», 68, 1995, pp. 153-156). Proficua, a questo proposito, la lettura di A. LONDON FELL, *Origins of Legislative Sovereignty and the Legislative State*, V, *Modern Origins, Developments, and Perspectives against the Background of 'Machiavellism'*, 1: *Pre-Modern «Machiavellism»*, 1993, Westport CT 1999; cfr. inoltre M. CHROM JACOBSEN, *Jean Bodin et le dilemme de la philosophie politique moderne* (Etudes Romanes, 48), København 2000.

scoprire un gran numero di elementi 'non-moderni' della modernità politica in Europa[7]. In particolare, la letteratura politica a cavaliere fra Cinque e Seicento, cui convenzionalmente si attribuisce un ruolo radicalmente innovativo nel panorama delle idee dell'Occidente moderno, rivela un rapporto assai stretto con la tradizione dottrinale teologico-giuridica, tale da suggerire un più complesso passaggio dall'età intermedia alla modernità.

In tal senso il concetto di sovranità, riguardato talvolta come una 'invenzione' teorica della modernità, è profondamente radicato nella tradizione e nelle problematiche del medioevo giuridico-politico, e in particolar modo nell'irrisolta tensione tra diritto e potere, che costituisce la cifra più significativa del mondo medievale. La stessa tradizione romanistica, che fornisce al linguaggio della politica fra medioevo ed Età moderna le sue basi fondamentali, forma il deposito principale di questa irrisolta tensione, ospitando norme che a noi appaiono in aperta contraddizione, ma che la tradizione dottrinale dell'età intermedia si sforzò di ricondurre a sintesi[8].

Tali sono i due luoghi, rispettivamente, del *Digesto* (*Dig.* 1,3,32) e del Codice (*Cod.* 1,14,4) di Giustiniano, nei quali da una parte si afferma che il *princeps* (il sovrano) è «legibus solutus»', libero da vincoli giuridici, e dall'altra invece che la *maierstas* (la sovranità), derivando dall'autorità del diritto, impone al sovrano di autolimitarsi, riconoscendosi «legibus alligatus», vincolato giuridicamente. La discussione intorno a questi due luoghi autoritativi, vivacissima nella letteratura giuridica medievale (che tende a collocare nella dimensione 'pattizia', contrattuale, del potere il limite più certo della sovranità come conformità del potere ad un ordine etico-giuridico superiore), è ereditata dalla letteratura politica della modernità[9].

La notissima formula coniata da Jean Bodin nella sua opera più nota (*Les six livres de la République*, 1576; *De Republica libri sex*, 1586), secondo cui per sovranità si deve intendere «la puissance absolue et perpetuelle d'une

[7] B. SORDI, *Recent Studies of Public Law History in Italy (1992-2005)*, in «Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte», 29, 2007, pp. 260-276.

[8] E. CORTESE, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medioevale*, Roma 1982, e, dello stesso autore, *Sovranità (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Milano 1990, pp. 205-224, qui p. 206.

[9] Ho illustrato il peso della tradizione commentariale intorno a queste norme in D. QUAGLIONI, *La souveraineté partagée au Moyen Age*, in M. GAILLE-NIKODIMOV (ed), *Le gouvernement mixte. De l'idéal politique au monstre constitutionnel en Europe*, Saint-Etienne 2005, pp. 15-24; cfr. anche la mia nota, *Dal costituzionalismo medievale al costituzionalismo moderno*, in «Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo», 52, 2008, pp. 55-67.

République», «summa Reipublicae legibusque soluta potestas», «il potere perpetuo e assoluto ch'è proprio di uno Stato», non è che il risultato di una deliberata radicalizzazione, cioè della scelta del paradigma giuristico del *Digesto* in luogo di quello, meno risalente e legato al momento giustinianeo, inviso ad un giurista-umanista come Bodin, del *Codice*[10].

Poco più di una quindicina d'anni fa Ken Pennington pubblicava un libro «about power and about rights», un libro su diritto e potere, più esattamente sulla dottrina di diritto pubblico tra la fine del XII secolo e l'ultimo scorcio del XVI. *The Prince and the Law, 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, è un libro brillante e a tratti provocatorio, fin dal primo capitolo, dedicato al sintagma *imperator dominus mundi*, ai giuristi bolognesi e alla 'ideologia imperiale'. Quel capitolo non si apre però né con Martino e Bulgaro a colloquio con il Barbarossa, né con Azone e Lotario, e neppure con i quattro dottori riuniti a Roncaglia per giudicare insieme ai rappresentanti dei comuni italiani del contenuto dei diritti regali e per redigerne il catalogo, insieme al testo di quelle leggi di cui abbiamo ampiamente discusso nel primo dei nostri colloqui e che mostrano l'incipiente processo di costruzione di una scienza del diritto pubblico in Europa[11].

Il capitolo si apre con una citazione in epigrafe di un celebre passo della *République* di Bodin, là dove il giurista francese enfatizza la novità della propria definizione della sovranità, cioè di quel termine-concetto che tutta una tradizione pone alla base del 'moderno' nella politica e nel diritto, guardando ad essa addirittura come alla cifra essenziale della

[10] La prima edizione francese della *République* di Bodin è del 1576; di dieci anni più tardi è il rifacimento latino. Il testo francese definitivo è quello che si legge in *Les six livre de la Republique* de I. BODIN ANGEVIN. *Ensemble une Apologie de Rene Herpin*, A Paris, Chez Iacques du Puis, 1583. L'edizione italiana moderna tiene conto in apparato critico sia delle edizioni francesi successive alla prima, sia del testo latino: *I sei libri dello Stato* di J. BODIN, I, a cura di M. ISNARDI PARENTE, Torino 1964, 1988$^2$; II, a cura di M. ISNARDI PARENTE - D. QUAGLIONI, Torino 1988; III, a cura di M. ISNARDI PARENTE - D. QUAGLIONI, Torino, 2007. Se ne veda tratteggiata la lunga vicenda scientifico-editoriale in M. ISNARDI PARENTE, *Per la storia della traduzione italiana di J. Bodin, «Les six livres de la République»*, in A.E. BALDINI (ed), *Jean Bodin a 400 anni dalla morte. Bilancio critico e prospettive di ricerca*, «Il Pensiero Politico», 30, 1997, pp. 159-168 (ora in M. ISNARDI PARENTE, *Rinascimento politico in Europa.* Studi raccolti da D. Quaglioni e P. Carta, Padova 2008, pp. 187-197).

[11] G. DILCHER - D. QUAGLIONI (edd), *Gli inizi del diritto pubblico. L'età di Federico Barbarossa: legislazione e scienza del diritto / Die Anfänge des öffentlichen Rechts. Gesetzgebung im Zeitalter Friedrich Barbarossas und das gelehrte Recht* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico. Contributi/Beiträge, 19), Bologna - Berlin 2007.

modernità giuridica e politica, in quanto segno di uno storico e radicale rovesciamento del rapporto fra diritto e potere[12].

Scrive Pennington:

«Jean Bodin – exaggerated the novelty of his analysis of political power, and historians have exaggerated the novelty of his exaggeration. That Bodin stressed his originality is forgivable; that is an author's prerogative. That historians have accepted his contention without careful scrutiny is less understandable»[13].

E citando il passo in cui Bodin, dopo aver definito appunto la sovranità come *legibus soluta potestas*, ricorda i limiti invalicabili della 'legge di Dio e della natura', conclude: «Although the terminology was different, the jurists of the twelfth century were the first since late antiquity to pose the question of whether the prince was bound by any laws»[14], cioè il problema stesso dei limiti 'costituzionali' del potere del principe-legislatore.

Che si tratti solo di un problema di terminologia, o di un adattamento e aggiornamento del vocabolario giuridico ai tempi mutati, non l'ho mai creduto e continuo a non crederlo, benché Pennington avesse ragione a reagire alle semplificazioni del pensiero di Bodin e alla sua riduzione entro uno schema rigido, alla formulazione di un concetto del potere rigorosamente autoritario, quale ad esempio egli poteva ritrovare in alcune pagine molto frequentate della letteratura anglosassone, come sono quelle di un Quentin Skinner, o anche nella più articolata riflessione di un Arthur London Fell[15].

[12] Trovo del tutto superfluo anche solo accennare qui all'estensione di tale luogo comune della lettura in chiave rigidamente «assolutistica» dell'opera di Bodin. Mi riesce più agevole rinviare al rapido quadro che ne ho dato in occasione della pubblicazione del terzo e ultimo volume dell'edizione italiana della *République* e del centenario bodiniano: D. QUAGLIONI, *Verso un nuovo ritratto di Jean Bodin. Appunti in margine alla letteratura più recente*, in *Jean Bodin a 400 anni dalla morte. Bilancio storiografico e prospettive di ricerca*, cit., pp. 169-183.

[13] K. PENNINGTON, *The Prince and the Law*, cit., p. 8.

[14] *Ibidem*, p. 9.

[15] Cfr. *ibidem*, p. 276 e note 28-30, con riferimenti ad A. LONDON FELL, *Origins of Legislative Sovereignty and the Legislative State*, III: *Bodin's Humanistic Legal System and Rejection of «Medieval Political Theology»*, Königstein i.T. 1987, p. 103, e a Q. SKINNER, *The Foundations of Modern Political Thought*, II: *The Age of Reformation*, Cambridge 1978 (trad. it. *Le origini del pensiero politico moderno*, II: *L'Età della Riforma*, Bologna 1989), pp. 285-288. Forti e fondate riserve si leggono anche nella recensione della raccolta in tre volumi degli scritti dello storico inglese (Q. SKINNER, *Visions of Politics*, Cambridge 2002) a opera di J. KIRSHNER, in «Renaissance Quarterly», LVII, 2004, pp. 264-268.

Anche Pennington ha commesso le sue buone esagerazioni, certamente in reazione alle esagerazioni altrui. Esagerata è, senza dubbio, la sua enfasi sul ruolo dei giuristi del XII secolo, civilisti e canonisti, come «the most important political theorists of the time»[16], proprio in quanto la loro dottrina è alle origini del costituzionalismo medievale:

«They did dabble in theories of representative government, created doctrines of consent to legislation, and believed in limited government. Through their writing and teaching jurists had created a powerful system of norms and rules derived from natural law, customary law, ancient Roman law, feudal law, and canon law that defined their conception of a properly ordered world»[17].

Le cose sono certamente un po' più complesse, a cominciare dall'attribuzione ai giuristi dell'appellativo di «political theorists», che confonde i terreni distinti – anche se in stretta relazione – del teologo e del giurista, annullando in questa prospettiva interpretativa proprio quella dialettica tra legge e coscienza, etica e diritto, che è la cifra originaria dell'esperienza giuridica medievale, destinata a percorrere tutto l'arco della tradizione giuridica occidentale[18].

E se non si può non condividere l'idea che la concezione bodiniana della sovranità sarebbe «unthinkable without the work of his predecessors»[19]; esagerata è la visione di un Bodin collettore tardo-cinquecentesco di soluzioni già sperimentate ed accolte dalla dottrina, quasi che, per l'appunto, il giurista francese smentisca se stesso come 'novatore' col riecheggiare semplicemente la tradizione. «Bodin's definition – sostiene Pennington – could have been written by any fourteenth-century jurist», dal momento che i giuristi «had always limited the prince's authority by the principles of natural law»[20].

Che Bodin fosse un «carattere equivoco», non sarò io il primo a dirlo (la definizione è di Arnaldo Momigliano)[21]; ed è probabile che la natura

[16] K. PENNINGTON, *The Prince and the Law*, cit., p. 2.

[17] *Ibidem*, p. 1.

[18] Ne ho discusso nelle Università di Freiburg i.Br., Münster e Francoforte, in una conferenza dal titolo «Political Theory and the Learned Law in the Late Middle Ages», nell'ambito della *Mercator-Professur* conferitami nel 2009 presso l'Internationales Max-Planck Forschungskolleg für vergleichende Rechtsgeschichte (Frankfurt a.M.).

[19] K. PENNINGTON, *The Prince and the Law*, cit., p. 283.

[20] *Ibidem*, p. 278.

[21] Il giudizio di Momigliano, legato alle ambiguità della tradizione tacitista nel Cinquecento, si estende però, io credo, alla personalità tutta intiera dell'autore della *République*:

fluida e oscillante, quando non ambigua, del suo pensiero, anche nella *République*, abbia prodotto e continui a produrre equivoci. Il carattere incerto del rapporto di Bodin con la tradizione giuridica appartiene del resto non solo a lui, ma all'intiera temperie del maturo umanesimo giuridico, diviso fra la difesa del patrimonio essenziale ereditato dal *mos italicus* e proiettato al tempo stesso alla ricerca di un metodo inteso alla costruzione di una scienza compendiosa del diritto[22]. Proprio per questo il pensiero giuridico di un Bodin, così come quello di altri suoi contemporanei o quasi, come Alberico Gentili o Althusius, tanto per citare solo due esempi tra i maggiori, ci appare così interessante, posto com'è sul crinale che divide e al tempo stesso congiunge due mondi, non solo ideali[23].

La terminologia dunque. Sovranità, è termine diffuso fin dal XIII secolo anche nel volgare italiano. L'uso che ne fa Bodin costituisce una novità per il solo fato che con lui, nel 1576, «souveraineté» fa il suo ingresso nella letteratura dotta come termine tecnico del diritto pubblico, anche

A. MOMIGLIANO, *Le radici classiche della storiografia moderna. Sather Classical Lectures*, a cura di R. DI DONATO, Firenze p. 125. Cfr. D. QUAGLIONI, *«Sans violence ny peine quelconque au port de salut». Il problema della libertà di coscienza nella «République» di Jean Bodin*, in *La formazione storica della alterità. Studi di storia della tolleranza nell'età moderna offerti a Antonio Rotondò*. Promossi da H. Méchoulan, R.H. Popkin, G. Ricuperati, L. Simonutti, I: *Secolo XVI* («Studi e testi per la storia della tolleranza in Europa nei secoli XVI-XVIII», 5), pp. 361-373, qui pp. 362-363.

[22] Ometto di insistere qui su temi e problemi di storia della cultura giuridica e politica, sui quali sono ripetutamente intervenuto altrove. Si veda almeno il mio saggio di revisione di una delle idee ricevute della storiografia intorno alla relazione tra umanesimo e tradizione di diritto comune: D. QUAGLIONI, *Tra bartolisti e antibartolisti. L'Umanesimo giuridico e la tradizione italiana nella* Methodus *di Matteo Gribaldi Mofa (1541)*, in F. LIOTTA (ed), *Studi di Storia del Diritto Medioevale e moderno*, Bologna 1999, pp. 185-212.

[23] Di Althusius ho discusso soprattutto nelle voci *Majestas (Jura Majestatis)* e *Tyrannis*, in F. INGRAVALLE - C. MALANDRINO (edd), *Il lessico della «Politica» di Johannes Althusius. L'arte della simbiosi santa, giusta, vantaggiosa e felice* («Fondazione Luigi Firpo. Studi e testi», 26), Firenze 2005, pp. 215-229 e 325-337 (C. MALANDRINO - D. WYDUCKEL [edd], *Politisch-rechtliches Lexikon der «Politica» des Johannes Althusius. Die Kunst der heilig-unverbrüchlichem, gerechten, angemessenen und glücklichen symbiotischen Gemeinschaft*, Berlin, pp. 245-259 e 353-364), e più di recente in *Quale modernità per la «Politica» di Althusius*, a recensione di JOHANNES ALTHUSIUS U.J.D., *La politica. Elaborata organicamente con metodo e illustrata con esempi sacri e profani*. A cura e con un saggio introduttivo di C. MALANDRINO. Traduzione di C. Malandrino, F. Ingravalle e M. Povero. Apparato critico di F. Ingravalle e M. Povero. Ha collaborato C. Zwierlein. Trascrizione del testo latino di M. Povero, Torino 2009 (in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», pp. 631-648). Cfr. inoltre D. QUAGLIONI, *Introduzione*, in ALBERICO GENTILI, *Il diritto di guerra (De iure belli, 1598)*, Milano 2008, pp. IX-XXXIII.

se dieci anni dopo, nella versione latina della sua opera maggiore, Bodin sarà costretto a ripiegare sul romanistico *maiestas* (presto seguìto appunto da Althusius)[24]. La terminologia più consueta alla tradizione del diritto intermedio, popolata da lemmi come *dominium*, *iurisdictio*, *imperium*, trova ancora ampiamente posto nella *République*, tanto nel testo francese quanto, naturalmente, in quello latino, ma quantunque si comprenda che il giurista non può fare a meno di essa, si comprende anche che essa subisce una torsione e un'usura che preludono alle semplificazioni della prima sistematica secentesca (Bodin stesso, nella *République*, trasfonde un'opera precedente che egli aveva intitolata *De imperio*, ricordata ancora nelle note d'autore, ma a noi non pervenuta)[25].

Queste oscillazioni sono già percepibili nelle lettere di dedica al capolavoro bodiniano. La lettera al Pibrac, in occasione della prima stampa del suo lungo «discorso sullo Stato», è già un atto d'accusa verso la nascita di una letteratura politica ignara della tradizione scientifica del diritto pubblico, contro

«quelli che hanno scritto e parlato degli affari pubblici in maniera approssimativa e grossolana, senza conoscenza alcuna delle leggi né del diritto pubblico, lasciando anzi questo del tutto in secondo piano rispetto al privato, dal quale si può trarre maggior profitto»[26].

Il capitolo II del primo libro avrebbe poi precisato i termini della polemica, con una difesa degli istituti del diritto privato in ragione della difesa della stessa essenza dello Stato, «perché niente c'è di pubblico ove non c'è niente di privato»[27].

Una nuova lettera, questa volta in latino, indirizzata sempre al Pibrac, accompagna l'edizione ampliata del 1578. Bodin risponde qui alle prime polemiche suscitate al primo apparire della *République*, distinguendo le critiche tra quelle «venute da quelli che discutono in modo puerile su parole e cose», tra i quali il giurista poneva anche il più aspro dei suoi critici, il Cujas, reo di aver attaccato con lui l'intiero ordine forense con gli insultanti epiteti di 'bestiame forense e avvoltoi togati', e quelle che giungevano dall'ambiente riformato, in particolare dal calvinismo gine-

[24] Cfr. C. MALANDRINO, *Introduzione: la «Politica methodice digesta» di Johannes Althusius*, in JOHANNES ALTHUSIUS U.J.D., *La politica*, cit., I, pp. 7-130, qui pp. 15-116.

[25] Cfr. J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, I, cit., *Nota biografica*, p. 103.

[26] *Ibidem*, A Monsignor Du Faur, signore di Pibrac, consigliere del Re nel suo consiglio privato, pp. 134 e 136.

[27] *Ibidem*, I, 2 («Del governo domestico, e della differenza fra lo Stato e la famiglia»), p. 178.

vrino[28]. È qui che Bodin ricorda i suoi trascorsi universitari, con accenti che non lo pongono certo fra gli avversari irriducibili della tradizione:

«Nel periodo in cui insegnavo il diritto romano nell'Università di Tolosa, tra la corona dei miei giovinetti mi sentivo molto sapiente, e ritenevo poco sapienti certi capi della scienza del diritto come Bartolo, Baldo, Alessandro, Fabre, Paolo, Du Moulin, e in genere tutto l'ordine degli uomini di legge. Quando poi invece fui iniziato ai riti della giurisprudenza nel foro, e acquistai esperienza col diuturno esercizio dell'azione giudiziaria, capii finalmente che la vera e solida scienza del diritto è riposta non nella polvere delle scuole ma nell'acume delle competizioni forensi, non nella lunghezza delle sillabe ma nella misura dell'equità e della giustizia, e che quelli che ignorano il linguaggio forense non possono non essere anche ignorantissimi di diritto romano»[29].

Ed è qui che Bodin difende gli assunti principali del suo pensiero, rivendicando alcuni capi che, a dispetto di quel ch'egli dice, lo legano fortemente alla tradizione (l'obbligo per il sovrano del consenso all'imposizione fiscale, il vincolo della legge divino-naturale, il rispetto dei patti «come gli altri cittadini»[30]). Ancor più esplicita è la dedicatoria al Du Val, nell'edizione latina del 1586. Tra le ragioni della versione latina Bodin enumera da una parte «la dignità dell'argomento, che richiedeva che questo fosse nobilitato dallo splendore della lingua latina», e inoltre «perché i Romani furono quasi i soli fra tutti i popoli a porre più in alto i diritti della sovranità e dello Stato che non lo stesso amore naturale e paterno»[31]. È qui che Bodin si dice *interpretandi religione solutus*, «libero dalla preoccupazione di rendere il senso delle parole»[32], e dunque al sicuro nell'alveo del linguaggio della tradizione giuridica nel trattare di una scienza negletta, benché «talmente utile che per mezzo di essa si reggono tutti i regni e tutte le comunità regolate da norme di diritto»[33].

[28] *Ibidem*, Jean Bodin a Guy du Faur, presidene del Parlamento di Parigi, pp. 141-142 e 144-146.

[29] *Ibidem*, pp. 143-144.

[30] *Ibidem*, p. 145.

[31] *Ibidem*, Jean Bodin a Jacques Du Val, conte di Dampierre, barone di Hans, signore di Mondreville, membro dell'ordine della cavalleria di Francia, per nomina regia governatore di Sainte Ménéhould, p. 151.

[32] *Ibidem*, p. 151. La traduzione della Isnardi Parente rende in modo efficace ed elegante il bel latino umanistico di Bodin: «Igitur interpretandi religione soluti ...» (JOAN. BODINI ANDEGAVENSIS GALLI *De Republica libri sex Latine ab Auctore redditi, multo quam antea locupletiores*, Francofurti, Sumptibus Jonæ Rosæ viduæ, Typis Anthonii Hummii, M.DC. XLI., *JACOBO DUVALLO DAMPETRÆ COMITI. HENSÆ BARONI, MONDRAVILLÆ DOMINO, equestris Francorum ordinis Collegæ, Manehildensibus ab Rege Præfecto, JOAN. BODINVS S.P.*, p. *4r).

[33] J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, I, cit., Jean Bodin a Jacques Du Val, p. 153.

È però la stessa celebre definizione della sovranità, nel capitolo VIII del libro I della *République*, a darci una più precisa idea del laborioso distacco dalla tradizione. La definizione non poteva nascere che dalla revisione dello strumentario verbale-concettuale del giurista protomoderno. Proprio dove offre la nota definizione della sovranità come «puissance absolue et perpetuelle d'une Republique», Bodin avverte infatti che essa è quel che

«les Latins appellent *maiestatem*, les Grecs ἀκρὰ ἐξουσία et κυρία ἀρχή et κύριον πολίτευμα les Italiens *segnoria*, duquel mot ils usent aussi envers les particuliers, et envers ceux là qui manient toutes les affaires d'estat d'une Republique: les Hebrieux l'appellent *thomekh shebet*, c'est à dire, la plus grande puissance de commander»[34].

In questo stesso luogo, nel quale ricorrono termini destinati a entrare nel lessico del diritto pubblico secentesco (com'è il caso del greco πολίτευμα che Althusius sottrarrà al contesto aristotelico-bodiniano per assegnarlo ad una matrice evangelico-paolina)[35], all'ebraico *thomekh shebet*: letteralmente, «colui che tiene lo scettro» di *Amos* 1, 5 e 8, il testo latino della *République* (1586) aggiunge una nota erudita, mutuata dalla lessicografia del tempo[36]:

«Maiestas *est summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas*, quam Graeci ἀκρὰ ἐξουσία interdum κυρία ἀρχή, κύριου πολίτευμα Itali *segnoriam*, Hebraei *thomekh shebet* id est, *maius imperium* appellant: est enim *maiestas*, inquit Festus, *a magnitudine dicta*».

[34] I. BODIN ANGEVIN. *Les six livre de la Republique*, cit., I, 8, Ensemble une Apologie de Rene Herpin, p. 122.

[35] J. ALTHUSIUS U.J.D., *La politica*, cit., Cap. I («De generalibus affectionibus Politicae»), n. 5, p. 222: «Politiae vocabulum tria praecipue significat ... Primum enim communicationem juris, quod est in Republica indicat, quod Apostolus politeuma vocat, *Philip. c. 3. 20.*». Ma si veda già la *Disputatio politica De regno recte instituendo et administrando*, a cura di M. SCATTOLA, in G. DUSO - M. SCATTOLA - M. STOLLEIS, *Su una sconosciuta 'disputatio' di Althusius*, cit., pp. 23-46, X, pp. 26-27: «Politeuma est jus civitatis seu Reipublicae commune» (dove, ad eccezione di un'allegazione di Gellio, tutti i riferimenti sono neo e veterotestamentari), e XI, p. 27: «Politeuma hoc consistit in κοινωνία et κοινοπραξία seu communicatione rerum, operarum, et juris ejusdem». Per il vocabolo, che la *Vulgata* rende, com'è noto, con «conversatio» e che Lutero traduce in «Wandel», cfr. M. ZERWICK - M. GROSVENOR, *A Grammatical Analysis of the Greek New Testament*, II, Rome 1979, *ad Phil.* 3, 20, p. 600: «*citizenship*; *commonwealth*; *colony*».

[36] JOAN. BODINI ANDEGAVENSIS GALLI. *De Republica libri sex*, I, Cap. VIII (*De Iure Maiestatis*), cit., p. 113 (il greco è qui lievemente storpiato, l'ebraico pressoché totalmente). Per il prestito dai lessici del Brisson e di Hotman, v. *Lexicon iuridicum. Hoc est, Iuris Civilis et Canonici in schola atque foro usitatarum vocum Penus*, Coloniae Allobrogum, Ex Typographia Iacobi Stoer, M.DCXV., ad v. *Maiestas*, p. 688: «MAIESTAS a magnitudine dicta est, *inquit Festus* [*De significatione verborum*, 136 M]».

Alla definizione della sovranità, con la quale Bodin semplifica il paradigma medievale della duplice *potestas*, resecando dalla sua formula la *potestas ordinaria et ordinata* e riducendone il contenuto alla sola *potestas absoluta*, si unisce l'*interpretatio per etymologiam*, umanisticamente aggiornata con l'allegazione di Festo, col ricorso al greco e soprattutto all'ebraico, lingua della comunicazione originaria e dunque espressione dell'essenza delle cose, e dell'italiano, lingua di una politica che invece accomuna il *dominium* in senso privatistico con la signoria come amministrazione della cosa pubblica. Sono convinto che a questa nota bodiniana in tema di *dominium*-sovranità, non sia estranea la conoscenza della dottrina dei Glossatori e dei Commentatori medievali intorno all'*imperator dominus mundi*, che infatti è spesso richiamata nel corso dell'opera, soprattutto in tema di prerogative della sovranità[37].

Che dire dunque? Sono convinto anch'io, per ragioni che non coincidono perfettamente con quelle esposte da Pennington, della necessità e dell'urgenza di ricondurre il problema storico-attuale della sovranità alla radice di tutta una civilizzazione del diritto, a quel lento e faticoso processo di edificazione del diritto pubblico europeo, che ha il suo 'cominciamento' a mezzo il secolo XII, nella spinta ad inquadrare giuridicamente il sistema della sovranità e a porre il sovrano medievale al vertice di un processo di potere in cui l'esercizio del potere stesso consiste nel 'creare il diritto' col 'dire il diritto'[38].

Quel che interessa è l'esito sortito dalla crisi del modello costituzionale medievale, un modello fondato sulle idee della legittimazione etica del potere e della resistenza legittima contro le sue forme deviate. Per questa ragione conserva tutta la sua problematica centralità la nozione premoderna della sovranità, incardinata nel paradigma della regalità e della tradizione imperiale. La permanenza di una forte tradizione imperiale nel pensiero dei giuristi medievali, quasi a contraddizione del declinare dell'Impero, ha spesso suscitato la meraviglia degli storici (giuristi e no). È perfino sembrato che i giuristi, irriducibilmente ostinati nell'affermare un ideale giuridico-politico, abbiano potuto 'credere l'incredibile'[39]. Non si tratta di

[37] Cfr. J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, II, cit., II, 5 («Del potere che i magistrati hanno sui privati»), pp. 175-178, 181-182 e 188-189.

[38] Cfr. E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, I: *L'Alto Medioevo*, Roma 1995 (III rist. 1998), p. 356.

[39] Cfr. in proposito D. QUAGLIONI, *Papato avignonese e problemi politici*, in D. QUAGLIONI (ed), *La crisi del Trecento e il papato avignonese (1274-1378)*, («Storia della Chiesa» iniziata da A. Fliche e V. Martin, XI) Milano 1994, pp. 311-363: 339.

una 'nostalgia da ritardatari', ma della resistenza di una tradizione, certo non esente da esitazioni e contrasti, non solo fra canonisti e civilisti, ma in seno alla stessa civilistica, poiché esitazioni e contrasti, caratteristici dei momenti di travaglio storico, mettono se mai in rilievo la forza di quella tradizione. Per esempio, all'inizio del Duecento Azone nella sua *Summa Codicis* [*Cod.* 3,13] è costretto a parlare di una *plena vel plenissima iurisdictio*, riservata al solo imperatore, contrapposta al *merum imperium* che compete alle altre *sublimiores potestates*, cioè ai re nazionali, ma non senza argomentazioni faticose e non prive di ambiguità[40].

Può darsi che si debba riconoscere che questo 'ritardo' è in qualche modo connaturato al giurista e alla sua funzione di freno e temperamento delle tendenze assolutistiche degli Stati della vecchia Europa. In realtà la fede nell'Impero è, nei giuristi medievali, la fede nel principio di validità che sorregge un'intiera costruzione dogmatica. Ho citato in altra occasione il giudizio di Pietro Costa a proposito della tendenza dei giuristi medievali a 'ideologizzare' il processo sociale, facendo del *princeps* «il vertice sovrano di un processo di potere che ... si avviava a divenire il modello normativo di ogni altro tipo di processo di potere»[41]. È solo facendo leva sulla base, quanto si vuole immaginaria, di un *imperator dominus mundi*, che il giurista può edificare la sua concezione della sovranità: «Ille qui est supremus, non potest habere alium supra se», scrive Baldo sul finire del Trecento, in un *consilium* che inaspettatamente ripropone la 'perduta' *lex Omnis iurisdictio* di Federico I e dunque il principio stesso della pertinenza al *princeps* della somma di tutte le potestà (e si noti che quel *supremus* ha qui già tutta la forza semantica della moderna locuzione 'sovrano')[42].

[40] Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Lezioni di storia del diritto italiano. Il diritto pubblico italiano nei secoli XII-XV*, a cura di C. DOLCINI, Milano 1993, p. 242; si veda anche K. PENNINGTON, *The Prince and the Law*, cit., p. 19.

[41] P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano 1969 (rist. 2002), p. 192.

[42] *Ibidem*, p. 186. Costa non rilevò nel *consilium* di Baldo (V, 300) la citazione integrale della *l. omnis iurisdictio* del Barbarossa, scoperta due anni prima da V. COLORNI, *Le tre leggi perdute di Roncaglia (1158) ritrovate in un manoscritto parigino (Bibl. Nat. Cod. Lat. 4677)*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, I, Milano 1967, pp. 111-170: 131, e, dello stesso autore, *Die drei verschollenen Gesetze des Reichstages bei Roncaglia, wieder aufgefunden in einer Pariser Handschrift (Bibl. Nat. Cod. Lat. 4677)*, Aalen 1969, p. 16. L'importanza della *l. omnis iurisdictio* è stata riconosciuta da K. PENNINGTON, *The Prince and the Law, 1200-1600*, cit., pp. 13-20, e da G. DILCHER, *La «renovatio» degli Hohenstaufen fra innovazione e tradizione. Concetti giuridici come orizzonte d'azione della politica italiana di Federico Barbarossa*, in G. CONSTABLE - G. CRACCO - H. KELLER - D. QUAGLIONI (edd), *Il secolo XII: la «renovatio» dell'Europa cristiana* (Annali dell'Istituto storico italo-

Da questo punto di vista, a dispetto di ogni visione semplicistica del medioevo giuridico, non deve sorprendere che l'enfasi della dottrina sull'Impero e sulla sovranità imperiale come principio ordinatore universale, cioè come garanzia 'sovrana' di un ordine giuridico incardinato nell'idea di *iurisdictio* e di esercizio della giustizia, si manifesti proprio nell'età di crisi dell'universalismo e nell'epifania di nuove forme di potere alla ricerca di una legittimazione. Anzi si dovrebbe riconoscere, che proprio a causa della crisi dell'ordine giuridico medievale, universalistico nella sua radice, il giurista enfatizza il ruolo dell'Impero e dell'imperatore, nella cui debolezza o nella cui assenza egli vede venir meno il garante del principio stesso di giustizia. L'imperatore è l'*executor iustitiae*, e la giustizia è, per il giurista, la premessa fondamentale di ogni azione e modo di essere concernente le relazioni umane[43].

È la patologia del potere a sollecitare il giurista alla riaffermazione di un principio universale di legittimità e di giustizia. «Che l'Impero avesse, nel pensiero dei giuristi, il compito di tutelare la giuridicità», ha scritto Ennio Cortese, «è cosa che emerge ogni qualvolta si presentino casi acutamente patologici – ossia di sostanziale antigiuridicità – della vita collettiva»[44]. Così è nella *Monarchia* dantesca, che non a caso circola nelle prime stampe, a partire dal 1559 e fino alla fine del primo decennio del secolo XVII, come un trattato sulla giurisdizione imperiale, unito ad opere della stessa natura, come la *Formula Romani Imperii* di Andrea Alciato[45]. E così è in

germanico in Trento. Quaderni, 62), Bologna 2003, pp. 253-288: 270-271; si veda inoltre G. DILCHER, *Das staufische Herrschaftskonzept in der roncalischen Gesetzgebung und im Konstanzer Frieden: Tragende Prinzipien und innere Widersprüche*, e D. QUAGLIONI, *Il diritto comune pubblico e le leggi di Roncaglia. Nuove testimonianze sulla l. «Omnis iurisdictio»*, in G. DILCHER - D. QUAGLIONI (edd), *Gli inizi del diritto pubblico. L'età di Federico Barbarossa: legislazione e scienza del diritto*, cit., rispettivamente pp. 19-44 e 47-65.

[43] Cfr. B. PARADISI, *Il pensiero politico dei giuristi medievali*, in L. FIRPO (ed), *Storia delle idee politiche economiche e sociali*, II: *Ebraismo e Cristianesimo. Il Medioevo*, 2, Torino 1983, pp. 211-366, poi in L. FIRPO, *Studi sul Medioevo giuridico*, Roma 1987, I, pp. 263-433, qui pp. 263-264.

[44] E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II: *Il Basso Medioevo*, Roma 1995, pp. 432-433.

[45] Per l'*editio princeps* della *Monarchia* si veda ora P. SHAW, *Introduction*, in DANTE ALIGHIERI, *Monarchia*, a cura di P. SHAW (Le opere di Dante Alighieri. Edizione Nazionale a cura della Società Dantesca Italiana, V), Firenze 2009, pp. 52-53, con l'aggiornata bibliografia a pp. 189-200. Rinvio a quanto in estrema sintesi ho scrito nella voce *Alighieri, Dante*, in R. ESPOSITO - C. GALLI (edd), *Enciclopedia del pensiero politico*, Roma - Bari 2000, p. 12, in attesa di poter fornire una nuova introduzione storico-dottrinale e un nuovo commento per le *Opere* di Dante, edizione diretta da M. SANTAGATA (in corso di stampa).

Bartolo, i cui trattati di diritto pubblico sul *regimen civitatis*, sulla tirannide, sulle rappresaglie, sui partiti politici e sul *crimen maiestatis* godono di una diffusione e circolazione europea proprio in pieno Cinquecento (prima o poi dovremo arrenderci a considerare quella letteratura non già come letteratura giuridica medievale, ma come letteratura giuridica della prima modernità, poiché soprattutto di essa si è nutrito il pubblico dei lettori dotti del secolo XVI)[46].

Nel principio d'ordine e di giustizia universale che s'incarna nelle dottrine del diritto comune pubblico, una sovranità astratta, *potestas absoluta*, deve convivere necessariamente con una sovranità concreta e limitata, *potestas ordinaria et ordinata*. Si tratta dei due sembianti della sovranità, tipici dello schema romanistico ereditato dal diritto giustinianeo: quella astratta ed assoluta da una parte, e quella legalitaria dall'altra[47]. Questa concezione del potere è il grande lascito dell'età intermedia all'età moderna, l'eredità che nutre di sé ogni processo di costruzione di un'immagine del potere legittimo.

Lungi dunque dal sottovalutare la forza e la durata di una dottrina che individua nell'impero «una funzione d'ordine e di repressione dei comportamenti antigiuridici»[48], si può rimarcare che la sovranità imperiale continua ad essere, nel paradigma teorico di natura etico-giuridica che forma la base del pensiero giuspubblicistico medievale e moderno, il perno di un sistema di simboli autoritativi, per il quale l'imperatore è *vigor iustitiae*, *lex animata*, espressione ed immagine terrena di un prin-

[46] Cfr. D. Quaglioni, *Politica e diritto nel Trecento italiano. Il «De tyranno» di Bartolo da Sassoferrato (1314-1357). Con l'edizione critica dei trattati «De Guelphis et Gebellinis», «De regimine civitatis» e «De tyranno»* (Il pensiero politico. Biblioteca, 11), Firenze 1983, p. 33, e più in particolare, dello stesso autore, *Il pubblico dei legisti trecenteschi: i «lettori» di Bartolo*, in M. Ascheri (ed), *Scritti di storia del diritto italiano offerti dagli allievi a Domenico Maffei*, Padova 1991, pp. 183-201; trad. ted. *Das Publikum der Legisten im 14. Jahrhundert. Die «Leser» des Bartolus von Sassoferrato*, in J. Miethke (ed), *Das Publikum politischer Theorie im 14. Jahrhundert*, München 1992, pp. 93-110, e, dello stesso autore, *«Fidelitas habet duas habenas». Il fondamento dell'obbligazione politica nelle glosse di Bartolo alle costituzioni pisane di Enrico VII*, in G. Chittolini - A. Molho - P. Schiera (edd), *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Quaderni, 39), Bologna 1994, pp. 381-396, qui p. 388.

[47] Su questo punto si veda ampiamente E. Cortese, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medievale*, Roma 1966 (rist. 1982), p. 147, e, dello stesso autore, *Sovranità (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Milano 1990, pp. 205-224.

[48] E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*, II, cit., p. 434.

cipio universale di conservazione[49]. Anche nel pensiero giuridico che nella modernità sorregge e accompagna l'avvento degli Stati-nazione, il paradigma del potere regale non poteva costituirsi se non riempiendo la *potestas* secolare del contenuto che la dottrina attribuiva a quella dell'imperatore. Ne è prova, come ci ricordano le pagine troppo note di Francesco Calasso, il dettato stesso della formula «rex in regno suo est imperator», ovvero «rex in regno suo habet tantam potestatem quantam imperator habet in Imperio»[50].

«In questi stati, d'altra parte – ha scritto Ennio Cortese –, l'esigenza legalitaria non si spense, e si attuò attraverso strumenti mutevoli nel tempo, ma tutti impostati sulle relazioni tra i due momenti correlativi – potestà piena e ordinata – che fu merito dei glossatori e dei commentatori delineare a proposito del *princeps* per antonomasia: due momenti che si sono visti ricordati in sentenze e in leggi di vari paesi europei fino al Seicento»[51].

La dottrina moderna della sovranità ingloba l'esperienza teorica del medioevo giuridico e la traduce nell'idea di una regalità umana priva di limiti giuridici che non siano i limiti posti dalle «leggi di Dio e della natura». Il pensiero giuridico-politico di un Bodin ha perciò tutti i tratti di una «tematica medievale portata alle sue estreme conseguenze»[52], soprattutto per quel che riguarda l'accentuazione del carattere della sovranità come esercizio di un «supremo arbitrato». *Respublica* è termine che nel medioevo giuridico designa sempre per eccellenza la *res publica Romanorum*, e cioè l'Impero; ma da Bodin in poi essa designa ciò che siamo ancora abituati a chiamare lo Stato; la sovranità, con le caratteristiche tratte dalla lunga tradizione imperiale rielaborata dai giuristi medievali, assume il nuovo contorno della «puissance absolue et perpetuelle d'une Republique». Il fatto incontestabile che quella riduzione della sovranità nei termini del potere d'imperio di uno Stato proceda di pari passo con una svalutazione dell'Impero universale, non può farci dimenticare che la concezione moderna del potere si modella appunto nel rapporto con la tradizione: la sovranità, concetto-cardine riconosciuto del diritto pubblico della modernità, non è stata una invenzione, ma una elaborazione[53].

[49] Cfr. D. QUAGLIONI, *À une déesse inconnue. La conception pré-moderne de la justice*. Préface et traduction de l'italien par M.-D. Couzinet, Paris, Publications de la Sorbonne, 2003, p. 26; dello stesso autore, *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna 2004, p. 26.

[50] Si allude ovviamente a F. CALASSO, *I Glossatori e la teoria della sovranità. Studio di diritto comune pubblico*, Milano 1957[3].

[51] E. CORTESE, *Sovranità*, cit., p. 220.

[52] M. ISNARDI PARENTE, *Introduzione*, in *I sei libri dello Stato* di J. BODIN, I, cit., p. 43.

[53] D. QUAGLIONI, *La sovranità*, cit., pp. 7-9.

*Résumé*

«DOMINIUM», «IURISDICTIO» UND «IMPERIUM». DIE NICHT-MODERNEN ELEMENTE DER JURISTISCHEN MODERNE

Die in chronologischen Schemata und Interpretationskategorien aus der Tradition des 19. und 20. Jahrhunderts verankerte zeitgenössische politologische Geschichtsschreibung pflegt die Idee, dass die Moderne einem *Hiatus theoreticus* entspringt, welcher in der Behauptung einer radikalen Verselbständigung der Politik und daher in der Ausarbeitung der Bergriffe Souveränität und Staat liegt. Staat und Souveränität erschienen (und erscheinen immer noch) als Nonplusultra der juristischen und politischen Modernität und als historisch-ideologische Voraussetzungen des modernen Konstitutionalismus im Sinne einer juristischen Theorie der Freiheiten und der Gewaltenteilung.

Wie im Mittelalter ist die Souveränität auch heute ein schwieriger Begriff. Die feine Dialektik zwischen dem Recht der Subjekte und der Staatsgewalt hat eine lange und komplexe Geschichte. Nur ein stark retrospektiver Blick auf die Entwicklung des öffentlichen Rechts und des juristischen Denkens kann beurteilen helfen, ob zwischen Mittelalter und Neuzeit Kontinuität oder Diskontinuität herrscht, ob die Prinzipien des «mittelalterlichen Konstitutionalismus» eine Beziehung zu ihren modernen Entsprechungen haben.

Will man die historische Kontinuität im europäischen Rechtsdenken neu beleuchten, muss man die Möglichkeit zulassen, eine große Anzahl 'nicht-moderner' Elemente der politischen Moderne in Europa aufzudecken. Insbesondere die Literatur am Übergang vom 16. zum 17. Jahrhundert, der konventionell eine radikal innovative Rolle im Panorama der Ideen des modernen 19. Jahrhunderts zugeschrieben wird, weist eine sehr enge Beziehung zur theologisch-juristischen Lehrtradition auf, die einen vielschichtigeren Übergang vom Mittelalter zu Neuzeit suggeriert.

Der Souveränitätsbegriff – Angelpunkt des modernen öffentlichen Rechts und bisweilen als theoretische «Erfindung» der Moderne abgestempelt – erweist sich als bis in ihre äußersten Konsequenzen geführte mittelalterliche Problematik.

*Übersetzung von Friederike Oursin*

# Alle origini della grande dicotomia: «Le droit public» di Jean Domat

di *Bernardo Sordi*

Un severo monito di Francesco Calasso, ricordato due anni fa da Diego Quaglioni nella introduzione del secondo Colloquio della fortunata serie trentina di seminari di studi dedicata a *Gli inizi del diritto pubblico*, può essere utilmente collocato in esergo di questo tentativo di rilettura de *Le droit public* di Jean Domat:

> «rivedere quella realtà storica purificata da ogni contaminazione di idee che non le appartennero, nei suoi aspetti positivi e in quelli negativi, coi suoi elementi maturi od acerbi ... individuarvi i germi turgidi di future creazioni e, a un tempo, i relitti di superate strutture. Che è il compito più arduo di uno storico del diritto pubblico che voglia schivare l'errore di vedere il passato con gli occhi del presente, anche se è fuori dubbio che dal presente egli riceve gl'impulsi per vedere il passato»[1].

Partiamo dunque dal presente, o meglio, per semplicità, dal nostro immediato ieri, tanto oggi è contesa, confusa, incerta, la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato.

Una celebre voce di Norberto Bobbio, redatta nel 1981 per l'*Enciclopedia* Einaudi offre coordinate preziose: pubblico/privato rappresentano una «coppia dicotomica», una «grande dicotomia», una distinzione idonea a «dividere un universo in due sfere, congiuntamente esaustive, nel senso che tutti gli enti di quell'universo vi rientrano nessuno escluso, e reciprocamente esclusive, nel senso che un ente compreso nella prima non può essere contemporaneamente compreso nella seconda»; ed idonea pure a «stabilire una divisione che è insieme totale, in quanto tutti gli enti cui attualmente e potenzialmente la disciplina si riferisce debbono potervi

[1] F. CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità. Studio di diritto comune pubblico*, Milano 1957[3], *Presentazione della terza edizione*, p. XI, cit. da D. QUAGLIONI, *Diritto e potere nell'età di Federico II*, in G. DILCHER - D. QUAGLIONI (edd), *Gli inizi del diritto pubblico, 2: Da Federico I a Federico II / Die Anfänge des öffentlichen Rechts, 2: Von Friedrich Barbarossa zu Friedrich II.* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Contributi/Beiträge, 21), Bologna - Berlin 2008, p. 32.

rientrare, e principale, in quanto tende a far convergere verso sé altre dicotomie che diventano rispetto ad esse secondarie»[2].

Non solo, per Bobbio la grande dicotomia è divenuta tale anche grazie al suo «uso costante e continuo, senza sostanziali mutamenti», «nella storia del pensiero politico e sociale dell'Occidente», tanto che la voce si apre e si diparte da una citazione della *Rechtsphilosophie* di Gustav Radbruch del 1932 nella quale la distinzione viene ascritta, senza incertezze, alle categorie a priori del pensiero giuridico[3].

Oggi, a distanza di neppure trent'anni, la sensibilità è certamente mutata: le certezze definitorie sono venute meno; i confini si sono appannati e confusi al punto che il teorico generale non usa più il termine di «grande dicotomia». La distinzione resta, ovviamente, sempre centrale nella forma mentis del giurista, ma arretra da «categoria a priori del pensiero giuridico» a mera definizione stipulativa, né vera né falsa, ma solo più o meno adeguata alla classificazione ed alla definizione dei concetti[4]. Il confine 'naturale' che divideva pubblico e privato si è dissolto, sostituito da una terra di nessuno, di ardua esplorazione, che il peso delle trasformazioni ed il dilatarsi e lo scolorare degli spazi politici oltre lo Stato allargano a dismisura, costringendo l'interprete a tracciare ex novo, ogni volta, una linea di possibile demarcazione, e dunque a ridefinire, caso per caso, ciò che si intende per pubblico e per privato.

Del resto, già il preciso monito di Calasso doveva metterci in guardia da troppo automatiche trasposizioni. Un'ulteriore conferma ci viene da un rapido sguardo comparativo. Una convincente monografia di John Allison[5],

[2] N. BOBBIO, *Pubblico/Privato,* in *Enciclopedia Einaudi*, XIII, Torino 1981, ora in N. BOBBIO, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino 1985, p. 3. Alcuni materiali della voce erano stati anticipati nel 1974 nell'articolo *La grande dicotomia*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova 1974, pp. 21-87 ss., ora in N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano 1984, pp. 145 ss.

[3] N. BOBBIO, *Pubblico/privato*, cit., p. 4.

[4] L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I: *Teoria del diritto*, Roma - Bari 2007, pp. 802-803, che comunque conferma la piena validità concettuale della differenziazione tra sfera pubblica e sfera privata e la sua costante utilizzazione da parte di qualunque sistema giuridico non primitivo. Inutile ricordare il contributo della Scuola di Vienna allo smantellamento della «grande dicotomia». Un celebre punto di approdo in H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge MA 1945, trad. it. a cura di S. Cotta e G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano 1959[3], pp. 205 ss.

[5] J.W.F. ALLISON, *A Continental Distinction in the Common Law. A Historical and Comparative Perspective on English Public Law*, Oxford 1996. I recenti riavvicinamenti tra le due sponde della Manica spingono però a reimmettere anche le peculiarità della vicenda

di qualche anno fa, ci ricorda la difficile e tarda radicazione novecentesca, tramite una vera e propria forma di *legal transplant*, della distinzione – tanto meno della dicotomia – nell'universo di *common law*.

Già da queste note minime, ed ancora più dai due volumi trentini di *Atti* già pubblicati, risulta immediatamente chiaro che il problema degli «inizi del diritto pubblico» è problema che gronda di storicità, è problema incandescente e tutt'altro che definito.

La definizione ulpianea, collocata nell'*incipit* stesso del *Digesto*[6], apparentemente rassicurante sulla storica invariabilità della dicotomia, non ci consente di tracciare una linea retta che colleghi, senza soluzioni di continuità, antichità e modernità. Recenti riletture del primo libro delle *Institutiones* di Ulpiano hanno messo in luce la sostanziale estraneità della «grande dicotomia» al pensiero giuridico classico, che non solo è lontanissimo dal leggere in termini giuridici le relazioni di potere[7], ma continua pervicacemente a vedere il fenomeno giuridico come intrinsecamente unitario[8] e la distinzione pubblico-privato prodromica alla individuazione, così letteralmente l'incipit del passo ulpianeo, semplicemente di due distinte *positiones studii*[9].

Rispetto alle certezze di Bobbio, ancora ricche di fondamenti ottocenteschi[10], «gli impulsi» del presente ci consegnano quindi un diritto pubblico

inglese in una comune storia europea del diritto pubblico. Sintomatico M. LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, Oxford 2010, apparso quando queste pagine erano già in bozze.

[6] *Dig*. I,1,1,2. *Inst*., I,1,4.

[7] Il rischio di ricadere nella «gabbia concettuale» degli «orizzonti mommseniani», sulla quale «hanno pesato fortemente categorie formatesi in contesti affatto diversi quali 'stato' e 'costituzione', è stato ormai esorcizzato da letture che programmaticamente cercano di evitare anacronistiche precomprensioni retrospettive e riscoprono la «divaricazione» e «la difficile interazione» antica tra diritto e potere. Esemplare L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia di Roma tra diritto e potere*, Bologna 2009, da cui (p. XIII) le precedenti citazioni.

[8] A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, p. 247: «uno *ius* intrinsecamente diritto privato, e non pubblico che non si rifletteva direttamente sull'ordine istituzionale dell'impero, che altrove e su altre basi faceva riposare la sua effettività e la sua giustificazione».

[9] «Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet», così come commentato da E. STOLFI, *La genealogia, il potere, l'oblio, l'inattuale e l'antico. A proposito di alcune recenti pubblicazioni*, in «Studi senesi», 2007, 3, pp. 483 ss. in particolare p. 539; 2008, 1, pp. 121 ss.

[10] Ma pure di reminiscenze dialettiche e di coppie concettuali assai più risalenti, come ha osservato D. Quaglioni nella discussione.

mobile e controverso che, anche retrospettivamente, ha perso la forza di apparire come pacifica invariante della storia occidentale. Il diritto pubblico sempre più appare, al contrario, una declinazione giuridica delle relazioni di potere che possiede una sua intrinseca storicità, sue cronologie, suoi itinerari – niente affatto necessariamente coincidenti –, sue origini, suoi sviluppi e, soprattutto, contenuti di volta in volta intrinsecamente diversi.

In altri termini, si è oggi assai più consapevoli, rispetto all'immediato ieri, che pensare giuridicamente una relazione di potere sia questione tipica, se non addirittura peculiare, della modernità.

Con questo, restiamo comunque sempre al punto di partenza: la ricostruzione è tutt'altro che compiuta e gli interrogativi restano drammaticamente aperti, dal momento che manca, ancora oggi, in Europa, una storia moderna del diritto pubblico orientata sulla lunga durata ed aperta ad un vasto sguardo comparativo[11].

Rispetto a questo obiettivo di lungo periodo e di grande impegno collettivo, quello che mi propongo stamani è assai più modesto: trovare in un autore, come Jean Domat, spesso e a ragione avvertito come precursore, o addirittura come primo, rilevante, artefice della 'grande dicotomia', una conferma della profonda storicità del nostro tema di indagine.

Occorre riconoscere che, per Domat, la fama di precursore non è priva di riscontri. Se solo si tiene conto che le pagine di Domat datano quasi due secoli prima della pubblicazione dei *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts* di Carl Friedrich von Gerber, pubblicate da Tauchnitz a Lipsia nel 1865, la modernità di Domat a prima vista, sembra bruciante, le anticipazioni rilevanti. Cerchiamo rapidamente di ripercorrerle, senza cadere nell'enfasi precorritrice che in genere contagia chiunque si avvicini ai due grandi esponenti dell'ultimo tratto dell'antico regime francese: Domat e Pothier.

Nel caso del «diritto pubblico» di Domat non è difficile buttare acqua sul fuoco dell'enfasi. *Le droit public* non possiede né la struttura, né l'articolazione sistematica del *Traité des loix* o de *Les loix civiles*. Ne è

[11] Importanti serie congressuali come questa, la traduzione italiana del primo volume di M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 3 voll., München 1988-1999 (trad. it. *Storia del diritto pubblico in Germania*, I: *Pubblicistica dell'impero e scienza di polizia 1600-1800*, Milano 2008) e la grande raccolta degli scritti di M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia* (Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno, 79 e 88), Milano 2008 e 2009 dimostrano però che è concreto il proposito di avviare, progressivamente, da raccolte di studi di settore, nel costituzionale, nel penale, nell'amministrativo, una più problematica ed unitaria considerazione dell'universo pubblicistico.

semplicemente la *suite*[12]: un seguito che esce postumo e largamente incompleto nel 1697, un anno dopo la morte del giurista di Clermont-Ferrand. Sarà un sotto-ingegnere dell'armata di Fiandria, poi entrato nell'ordine benedettino, quindi, dal 1712, avvocato al parlamento di Parigi, Louis de Hericourt, a completarne la stesura: il terzo libro, penalistico, ed il quarto, sull'ordine giudiziario, si devono alla sua penna[13]. *Le droit public* si stratifica dunque in tempi diversi, grazie a mani diverse; non ha la possente unitarietà de *Les loix civiles*.

Eppure, il piano dell'opera resta impressionante. Non si tratta soltanto di misurare, accanto ai tanti lasciti, la distanza dalle innovazioni, ma anche dalle prudenze definitorie dei Culti nell'uso della distinzione[14]: distanza ovvia, solo a considerare che il secolo che più o meno separa Domat dai Culti è, in Francia, il secolo dell'impianto della monarchia amministrativa, il secolo di Luigi XIII e Richelieu, di Luigi XIV e Colbert.

Anche il titolo – *Le droit public* – così asciutto, così icastico, irradia modernità. Non è la prima volta assoluta: il titolo già compare nel *Droit public de la France* dell'Abbé Claude Fleury, precettore del Duca di Borgogna, già composto nel 1679, ma pubblicato postumo un secolo più tardi[15]: un'opera comunque assai diversa, didascalica, composta per fini educativi, più vicina al genere degli «Specchi dei principi». Del resto, il panorama nel quale fiorisce l'opera di Domat è ricco di suggestioni e di presenze: basterebbe ricordare gli scritti di Cardin Le Bret. Georges Chevrier ne ha fatto, ormai più di mezzo secolo fa, un accurato inventario, ancora oggi imprescindibile ed al quale necessariamente rinvio[16].

[12] J. DOMAT, *Le droit public suite des lois civiles dans leur ordre naturel*, in *Les Loix civiles dans leur ordre naturel. Le Droit Public et Legum Delectus*, 2 tomi in 1 vol., Paris, Durand, 1777, tm. II, pp. VII ss.

[13] G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, pp. 158-159; C. SARZOTTI, *Jean Domat. Fondamento e metodo della scienza giuridica*, Torino 1995, pp. 88 ss.

[14] Così ben ricostruite da I. BIROCCHI, *La distinzione tra «ius publicum/ius privatum» nella dottrina della scuola culta (François Connan, Hugues Doneau, Louis Charondas Le Caron)*, in «Ius commune», 23, 1996, pp. 139 ss.

[15] Lo ricorda G. CHEVRIER, *Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du «jus privatum» et du «jus publicum» dans les œuvres des anciens juristes français*, in *Archives de philosophie du droit*, 1952, pp. 60-65; cfr. anche R. MASPÉTIOL, *Jean Domat: une doctrine de la loi et du droit public*, in *Estudios juridico-sociales. Homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra*, Santiago de Compostela 1960, II, p. 710.

[16] G. CHEVRIER, *Remarques*, cit., pp. 5-77.

Quello però che più di tutto colpisce in Domat è l'impianto sistematico: questa creazione potente che si allontana dagli schemi del *Corpus iuris* e che per la prima volta, con questa inedita capacità dominativa, abbraccia l'intera dicotomia. Si costruisce l'opera in volumi, in tomi distinti, presupponendo, definendo, applicando la distinzione tra *droit privé* e *droit public* e con il proposito preciso di costruire anche per il diritto pubblico un proprio sistema[17]. L'assenza nel *Corpus iuris* di qualsiasi elaborazione di categorie pubblicistiche è sempre avvertita come una difficoltà[18], ma non più come un ostacolo insormontabile. Il *redigere in artem* abbraccia ormai anche il polo pubblicistico e la visione unitaria del diritto, nel continente, inizia ad essere messa da parte, sostituita da questa prima declinazione della grande dicotomia. È vero, in concreto, *police générale, officiers*, i grandi temi con i quali, subito dopo *Gouvernement*, si apre il *droit public* domatiano, seguono un corso in gran parte già tracciato, specialmente nei *Trattati* di Charles Loyseau[19]. Nuova è invece la lettura sinottica, in contrappunto. Convenzioni, obbligazioni, successioni, da un

[17] L'*Avertissement* premesso al volume de *Le droit public* (pp. V-VI) ne rappresenta una testimonianza esemplare, spiegando al lettore perché l'autore è stato costretto a dare la precedenza alla trattazione del diritto privato, tanto più consolidato del pubblico nella *ratio scripta* del diritto romano, mentre al contrario il diritto pubblico, per il quale «on n'a pas eu l'appareil d'un detail de materiaux pour en composer les regles», presenta non poche difficoltà, da quelle definitorie, all'individuazione dei fondamenti delle sue regole, assenti nel diritto romano, alla necessità di risalire al di là delle *ordonnances* e delle *règles arbitraires* sino ai principi dell'«equità naturale». È «le system même», in conclusione, quello che deve essere ancora costruito, dal nulla, nel diritto pubblico. E Domat si assegna il compito di fissarne una prima razionalità sistematica. In una prospettiva diversa, tesa a sottolineare l'identificazione diritto privato-diritto naturale, una prima, importante, valorizzazione di queste pagine è, come ben noto, in G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., specialmente pp. 168 ss.

[18] Si tratta di una preoccupazione diffusa. Sintomatico l'incipit del *Droit des offices* di Loyseau: «le droict public est notoirement la principale partie de la division du droict, proposée en la premiere des Loix Romaines; et toutefois c'est chose estrange, qu'il ne se trouve presque point traicté, ny dans le Code ny dans les Pandectes. Les anciens Interpretes ont bien apperceu ce defaut, mais ne l'ont peu excuser par aucune suffisante raison: et quant aux modernes, ils s'en cuident eschaper, pour dire que le droict public dépend proprement de la Science du Politique, ou Conseiller d'Estat, differente de celle du Iurisconsulte, de la quelle ils se sont acroire que le droict privé est le seul sujet»; C. LOYSEAU, *Cinq livres du droit des offices*, in C. LOYSEAU, *Les Œuvres*, Paris, Targa, 1640, nella dedica al Cancelliere Nicolas Brulard de Sillery. Partendo dalla definizione ulpianea, ferma l'attribuzione dei *sacra* e dei *sacerdotes* al diritto canonico, il diritto pubblico veniva così ad identificarsi per Loyseau essenzialmente con gli *offices*.

[19] Lo sottolinea Italo Birocchi all'interno di un ampio ed equilibrato ritratto di Domat e della sua opera: I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002, p. 136. Ma tutto il capitolo (pp. 126 ss.) è da vedere.

lato; *Gouvernement*, *police*, *officiers* (e, quindi, *crimes*, *ordre judiciaire*), dall'altro.

Se si considera che la bipartizione è introdotta da un *Traité des loix* con funzioni, ante litteram, di *allgemeiner Teil*, la forza sistematizzante di Domat si staglia ancora di più, avvicinando nella intrinseca modernità dell'approccio sistematico, le elaborazioni della scienza ottocentesca[20].

C'è, a mio avviso, anche un secondo profilo importante di novità. Lo spazio concettuale entro il quale si muove la distinzione pubblico-privato è per intero quello statuale: «le droit public n'est autre chose que le system des règles qui regardent l'ordre générale du Gouvernement et de la Police d'un Etat»[21]. Se il *Traité des loix* dedica ampio spazio al *droit de gens* ed alle sue leggi universali, «communes entre les nations», di umanità e di equità, che realizzano «la police universelle de la société», l'orizzonte del diritto pubblico di Domat è in ogni caso proprio «l'ordre de la société, qui est bornée aux personnes unies dans un Etat sous un même Gouvernement»[22]. Proprio nel momento in cui lo sguardo del giurista discende dal piano universale del diritto delle genti a quello proprio di «chaque nation», si dischiude pure la distinzione tra «deux sortes de lois». È, dunque, proprio nella prospettiva interna che la 'dicotomia' si approfondisce, affiancando alle norme che regolano i rapporti giuridici «entre les particuliers» una tavola di «matières», appunto di «droit public», «qui regardent l'ordre public du gouvernement, comme sont ces lois qu'on appelle les lois de l'Etat, qui règlent les manières dont les Princes souverains sont appelés au gouvernement, ou par succession, ou par élection; celles qui règlent les distinctions et les fonctions des charges publiques pour l'administration de la justice, pour la milice, pour les finances, et de charges qu'on appelle municipales, celles qui regardent les droits du Prince, son domaine, ses revenus, la police des villes, et tous les autres réglemens publics»[23].

Il «discorso sullo Stato e per di più in lingua volgare» non è ormai, da tempo, appannaggio in Francia di «quelli che hanno scritto e parlato degli affari pubblici in maniera approssimativa e grossolana, senza alcuna conoscenza delle leggi né del diritto pubblico». Questi 'profanatori' dei

[20] Come ha osservato, nella discussione, P. Schiera.

[21] J. DOMAT, *Preface*, in *Le droit public*, cit., p. XIII.

[22] *Ibidem*, p. X.

[23] J. DOMAT, *Traité des loix*, in *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, cit., tomo I, XI, 40, p. XVIII.

«sacri misteri della filosofia politica»[24] sono stati messi a tacere. Domat, un secolo dopo Bodin, trova uno spazio concettuale già ampiamente definito ed elaborato, saldamente racchiuso nell'orbita statuale ed ormai ricco di declinazioni e paradigmi che rendono vivo l'innesto della società corporata e della pluralità delle sue articolazioni nell'unitarietà della piramide sovrana. Proprio per questo, il tema del «fine ultimo di uno Stato ben ordinato»[25], con cui si apre la trattazione bodiniana, può ormai considerarsi acquisito; mentre il proposito di «salvare da rovina ... la forma monarchica del nostro Stato, ... questo nostro regno che sembra marcire di vecchiaia»[26], è stato compiutamente realizzato dalla incrollabile saldezza della monarchia di Luigi XIV. Il campo può quindi aprirsi ad un'indagine eminentemente giuridica che, distinguendo e separando «deux sortes de lois», si proponga la scoperta e la sistematizzazione delle *lois de l'Etat*, delle *lois* e degli *ordres* che possono dirsi di diritto pubblico e che affiancano ormai in modo estremamente articolato il diritto che vige tra i *particuliers*.

Il diritto pubblico viene così ad occupare lo spazio tipico della modernità, dell'ordine generale dello Stato, del rapporto comando-obbedienza, raggiungendo le dimensioni periferiche del governo del territorio – le *villes* e gli altri aggregati territoriali –, ma pure la struttura per corpi dell'ordine sociale corporato.

Così facendo, separato dal diritto privato, rinserrato nella cornice statuale, il diritto pubblico conquista una sua specifica concretezza, cessa di essere una mera *positio studii*, diventa raffigurazione precisa del potere, delle sue manifestazioni, delle sue articolazioni, doppiando dall'alto in basso l'organizzazione istituzionale della comunità politica. Può così anche rivendicare di impersonare una delle due sfere della dicotomia in cui si articola l'ordine giuridico.

Un passo, celebre, della *Preface* ci offre una testimonianza tangibile della capacità definitoria del giurista di Clermont-Ferrand. Alla distinzione dicotomica, in pubblico e privato, delle leggi e delle materie che nascono dall'ordine sociale di una comunità di persone unite sotto uno stesso governo, si accompagna una precisa elencazione dei contenuti delle materie pubblicistiche:

[24] J. BODIN, *I sei libri sullo Stato*, a cura di M. ISNARDI PARENTE, I, Torino 1988$^2$, p. 136, in un celebre passo contenuto nella dedica dell'opera a Monsignor Du Faur.

[25] *Ibidem*, libro I, cap. I, p. 159.

[26] *Ibidem*, I, p. 150, nella dedica a Jacques Du Val.

«La première [sorte de matières] est de celles qui se rapportent à l'ordre général de l'Etat, comme celles qui regardent le gouvernement, l'autorité des Puissances, l'obéissance qui leur est due, les forces nécessaires pour maintenir la tranquillité publique, l'usage des finances, l'ordre de l'administration de la justice, la punition des crimes, les fonctions des différentes sortes de charges, d'emplois, de professions, que demande l'ordre public; la Police générale pour l'usage des mers, des fleuves, des grands chemins, des mines, des eaux et forêts, de la chasse, de la pêche, celles des villes et autres lieux, les distinctions des différens ordres de personnes et les autres matières semblables»[27].

E l'elenco è vasto, ramificato, coinvolge vertice e base, centro e periferia. Non si limita ad una mera secolarizzazione della Politica, né si limita, sulla linea di Loyseau, ad una inventariazione dei soli *offices*. Al contrario, l'elenco si dimostra inclusivo più che selettivo ed abbraccia per intero, in controluce, nella loro intelaiatura istituzionale, nel loro contenuto normativo, tutto l'*Etat Royal* ed insieme la partecipazione della società corporata all'esercizio delle funzioni pubbliche, in una sorta di radiografia giuridica delle *puissances*, delle *forces*, delle *charges* necessarie al buon ordine della comunità.

Lontanissimo da qualsiasi considerazione di tipo contrattualistico; radicalmente estraneo – lui, magistrato giansenista[28] – ad ogni declinazione soggettivistica o individualistica, Domat, nondimeno, già sovrappone pubblico e statuale.

Si tratta, è evidente, di una statualità composita, porosa, frutto dell'abbraccio e dell'intersezione profonda tra monarchia e società corporata, lontanissima dallo Stato macchina che uscirà dal tornante rivoluzionario-napoleonico e pure lontanissima dalle dicotomie ottocentesche tra Stato e società; estranea perciò a qualsiasi esito costituzionale o liberale ed, al contrario, profondamente gerarchica, in perfetta contiguità con l'ordine esistente, con l'ordine di antico regime[29]. In ogni caso, comunque, la relazione di potere si installa in un quadro ormai propriamente statuale, saldamente collocato al centro della costruzione stessa del campo teorico pubblicistico. E l'esito è significativo, peculiare, imprevisto.

[27] J. DOMAT, *Preface*, cit., p. X.

[28] N. MATTEUCCI, *Jean Domat un magistrato giansenista*, Bologna 1959.

[29] I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, cit., p. 133, che anche nella discussione ha suggerito l'ipotesi che Domat fosse stato chiamato a Parigi dal Sovrano, dalla sua Alvernia, dove aveva sempre vissuto, abbandonando il suo incarico di Avvocato del Re, proprio con il compito di 'eternizzare' il diritto esistente.

Basta gettare uno sguardo al caso tedesco per esserne consapevoli. Qui è l'Impero e non lo Stato a spingere, persino con largo anticipo rispetto alla Francia, verso l'autonomia delle discipline pubblicistiche[30].

Al tempo di Domat, e pure per un certo tratto anche dopo Domat, dal *De statu Imperii germanici* di Pufendorf/Mozambano del 1667, al *Compendium* di Jacob Justus Moser del 1731, sino agli *Elementa* di Pütter del 1754[31], in Germania è ancora l'Impero ad occupare il centro del campo pubblicistico. Non c'è dubbio che l'Impero sia in Germania, ancora a cavaliere tra Seicento e Settecento, una struttura istituzionale di notevole complessità, istituzionale e giuridica. Si tratta tuttavia di una semplice cornice; addirittura, dopo Westfalia, ormai soltanto di una crisalide vuota, che abbraccia una miriade di comunità autonome, in un contesto territoriale, segnato da una articolazione eminentemente pluralistica, e nel quale manca una capitale che possa dirsi unitario centro politico ed amministrativo. E la cornice è destinata sempre di più ad illanguidire: non diventa spazio di concentrazione della sovranità, ma si limita a sviluppare procedure – di rappresentazione della società corporata, di voto, di articolazione circondariale – e soprattutto procedure giurisdizionali – *Reichskammergericht*, Tribunale Palatino – che pur offrendo una possibile via di uscita al caos confessionale e al conflitto religioso che oppone – come Stolleis ci ha insegnato – individui, popoli, gruppi, non riescono tuttavia ad avvicinare sudditi e territorio in un diretto rapporto dominativo. Certo, anche in Germania il diritto pubblico arriverà ad inglobare la forza emergente delle statualità territoriali: ma a lungo, in pratica sino all'inizio dell'Ottocento, resisterà l'involucro dello *Ius publicum Imperii romano-germanici*, mentre verrà procrastinato l'abbraccio tra diritto pubblico ed i montanti percorsi della statualità[32].

[30] In questo senso già le notazioni comparative di P. CAPPELLINI, *Privato e pubblico (dir. interm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano 1986, p. 672.

[31] S. PUFENDORF, *De statu Imperii germanici*, Genf 1667; J.J. MOSER, *Compendium iuris publici germanici, oder Grundriß der heutigen Staatsverfassung des Teutschen Reiches*, Tübingen 1731; J.S. PÜTTER, *Elementa iuris publici germanici*, Göttingen 1754. Per la contestualizzazione di queste opere è obbligatorio il rinvio a M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico*, cit., I, rispettivamente pp. 286 ss., 326 ss., 405 ss.

[32] Così lo stesso concetto di «costituzione» e di *leges fundamentales* oscilla in Germania tra dimensione imperiale e dimensione territoriale, tra *Reichsverfassung* e *Landesverfassung*, passando per circoli, leghe, federazioni. Si veda sul punto l'analisi di Heinz Mohnhaupt in questo volume ed in H. MOHNHAUPT - D. GRIMM, *Costituzione. Storia di un concetto dall'Antichità a oggi*, trad. it. a cura di M. Ascheri e S. Rossi, Roma 2008, pp. 65 ss.

Gli esiti domatiani sono pure diversi dal percorso italiano, dove – come ci ha spiegato più volte Luca Mannori[33] – non solo stenta a radicarsi qualsiasi discorso di tipo teorico, ma dove pure continua a prevalere la persistente indistinzione degli statuti giuridici, in un panorama, o meglio, in una raffigurazione degli assetti istituzionali, in cui lo Stato è giuridicamente invisibile e spesso lo è anche linguisticamente.

Tanto che, quando nel corso del Settecento, a livello didattico, da Pompeo Neri a Giovanni Maria Lampredi a Pisa, sino a Francesco Rapolla a Napoli, passando per Venanzio De Mays a Pavia, un diritto pubblico inizia a fare la sua comparsa tra gli insegnamenti universitari, la disciplina è tutt'altro che autonoma ed è vista e trattata come parte di quel diritto patrio che in quanto *ius commune territoriale* o *ius municipale*, pur ricchissimo di contenuti pubblicistici, mal si prestava a favorire una distinzione tra diritto pubblico e diritto privato[34].

Siamo di fronte a percorsi e ad approdi differenziati, che sono al centro di questa nostra giornata, ma sui quali dovremo tornare a riflettere in modo più approfondito e sempre in chiave storico-comparativa, per capire le condizioni che favoriscono o ritardano, di volta in volta, contesto per contesto, la nascita di un diritto pubblico, esso stesso, ogni volta, diverso per confini e per contenuti.

La non esportabilità, oltre il *Sonderweg* tedesco, della riforma protestante e del conflitto tra Impero e territori ci costringe a rimeditare le ipotesi e le risposte di Stolleis[35], in una chiave più ampia che tenga conto della diversità delle condizioni di partenza, nonché della diversità dei percorsi di statalizzazione sul continente.

[33] L. MANNORI, *Il sovrano tutore. Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)*, Milano 1994, pp. 17 ss., e, dello stesso autore, *Un'«istessa legge» per un'«istessa sovranità»: la costruzione di una identità giuridica regionale nella Toscana asburgo-lorenese*, in I. BIROCCHI - A. MATTONE (edd), *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, Roma 2006, pp. 355-360.

[34] Ricostruisce puntualmente la vicenda I. BIROCCHI, *L'insegnamento del diritto pubblico nelle Università italiane nel XVIII secolo*, in J. KRYNEN - M. STOLLEIS (edd), *Science politique et droit public dans les facultés de droit européennes (XIIIe-XVIIIe siècle)*, Frankfurt a.M. 2008, pp. 54 ss.

[35] M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico*, I, cit., pp. 529 ss., che vede nella nascita del diritto pubblico una «risposta alla crisi della prima età moderna» e ne isola quattro fattori fondamentali di emersione, che spaziano dall'emancipazione dell'attività politica dai vincoli religiosi, al tramonto del feudalesimo con la formazione dello Stato moderno, sino al venir meno della universalità di Chiesa ed impero ed allo scoppio della devastante conflittualità religiosa e territoriale che segue, in Germania, la pace di Augusta del 1555.

Diversità di condizioni di partenza, ma anche diversità di approdi. Il caso francese è, ancora una volta, emblematico. Se infatti, in Francia, il diritto pubblico emerge, già nel corso del Seicento, sia pur su non poche basi cinquecentesche, in parallelo alla visibilità, sempre più nitida, di una statualità resa tangibile dal progetto istituzionale della monarchia e dalla forte radicazione delle intersezioni istituzionali della società corporata, la sua fortuna si giocherà, di lì a poco, su una crescente linea di frattura tra antico e nuovo.

Più o meno nello stesso torno di tempo in cui il *droit public* di Domat si completa grazie alle integrazioni di Louis de Hericourt e conosce le sue edizioni di riferimento, il *droit politique particulier* già scandisce per Montesquieu il rapporto tra coloro che governano e coloro che sono governati[36]. E, subito appresso, per l'*Encyclopédie*, il *droit public* «est celui qui est établi pour l'utilité commune des peuples considérés comme corps politique»[37]. Si avvia così un crescendo che, dalla voce *Autorité politique* di Diderot del 1751 al *Droit des gens* di Vattel del 1758, abbrevia le cronologie, accelera e approfondisce le discontinuità, scivola rapidamente verso l'art.16 della *Dichiarazione* del 1789 e la cesura netta ed irreversibile tra *constitution ancienne* e *constitution nouvelle*. Certo, autori ed opere lontanissime dall'orizzonte del nostro magistrato giansenista, ma che indirizzeranno in modo preciso le scelte normative della Rivoluzione.

Verso questi esiti lontani, il *droit public* di Domat non riesce a stabilire neppure un fievole legame. Le sue gerarchie corporate non hanno la possibilità di entrare in sintonia con i dettami della legge uguale. Del resto, neppure i più acritici fautori dell'immagine del Domat padre del *Code civil* hanno mai avuto l'ardire di farne anche il padre degli esiti costituzionali e amministrativi della Rivoluzione.

Il *droit public* di Domat resta per intero confinato nel perimetro della *constitution ancienne* ed in idealità ancora lontane dalle suggestioni dei Lumi. È un diritto non secolarizzato, fondato sulla continuità tra anima e corpo, tra morale e diritto, tra *lois de la religion*, ancora espressione dell'universalità della Chiesa e del suo magistero potestativo, e *lois de la police pour le temporel*, che si individualizza, al contrario, nelle diverse e distinte esperienze statali. È un diritto pensato per una società di uomini macchiati in modo irreversibile dal peccato originale, ingiusti per natura.

[36] MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, L.I, cap. III.

[37] A.-J. BOUCHER D'ARGIS, *Droit public*, in *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, ora facilmente consultabile in http://encyclopedie.uchicago.edu/

Un diritto pensato per erigere, ad un tempo, un ordine religioso ed un ordine politico[38].

Il diritto pubblico di Domat è sì un diritto statuale, ma di uno Stato ancora eminentemente giurisdizionale, nel quale la funzione pubblica per eccellenza è ancora la funzione giurisdizionale ed in cui i compiti legislativi e disciplinanti restano indirizzati alla mera conservazione di un ordine che già esiste e che non può essere turbato: «parmi ces droits du Souverain, le premier est celui de l'administration de la justice, qui doit être le fondement de l'ordre public ... Et cette administration renferme le droit de faire les lois et le règlements nécessaires pour le bien public et de les faire observer et exécuter ...»[39].

Non sorprende, così, che sia domatiana la celebre analogia del giudice con la divinità – «être juge, c'est être Dieu» –: un giudice che ben lungi dall'essere neutrale e mero *pouvoir nul*, è il vero mediatore tra il cielo e la terra, il continuatore della giustizia divina[40]. Con questo, il quadro delle funzioni subordinate è a questo punto assai più complesso rispetto alla *iurisdictio* medievale e sulle orme di Bodin e Loyseau, seguendo la tripartizione materiale tra *justice*, *police*, *finance*, diventerà possibile, anche se pur sempre da questo angolo 'giurisdizionale', raffigurare il crescente articolarsi e complicarsi della struttura istituzionale della monarchia amministrativa[41].

Un diritto pubblico, quindi, della *constitution ancienne* e dello Stato giurisdizionale. Ma, io direi, pure, concludendo, un diritto pubblico ancora estraneo alla grande dicotomia.

Quella tra diritto pubblico e diritto privato, per Domat, è pur sempre una distinzione operativa, non una grande dicotomia: una distinzione che permette al giurista di Clermont-Ferrand di orientarsi tra «les melanges de toutes ces diverses sortes des lois» e quindi di ordinarle e descriverle; un segnavia che consenta di distinguere «ciò che avviene tra i soggetti privati» e ciò che invece si riferisce all'ordine generale dello Stato.

[38] C. SARZOTTI, *Jean Domat*, cit., in particolare pp. 191 ss.

[39] J. DOMAT, *Le droit public*, cit., I, II, 3, p. 8.

[40] M-F. RENOUX-ZAGAMÉ, *La figure du juge chez Domat*, in «Droits», 39, 2004, pp. 35 ss. Sull'immagine, pernio di una legittimazione fondata su di una «impartialité utopique», si vedano ora le considerazioni di P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris 2008, pp. 172 ss., p. 173.

[41] Secondo un'evoluzione ricostruita in L. MANNORI - B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma - Bari 2006[3], pp. 127 ss.

Il «tout devient droit public»[42], espressione dello spirito rivoluzionario criticato da Portalis, è ancora concettualmente agli antipodi. Domat guarda alla distinzione, dal fronte privato. La distinzione non è pubblico-privato, ma semmai privato-pubblico. Il diritto pubblico è soltanto una *Suite* di quel diritto, ora a base romanistica, ora consuetudinaria, che affonda nella storia, nella tradizione, che si riallaccia alla stessa rivelazione divina e che è il sostrato fondamentale ed immodificabile dell'ordine sociale esistente.

Non solo, la distinzione privato-pubblico è assolutamente secondaria e dipendente da quella che è la vera, grande, dicotomia, del pensiero di Domat: la distinzione tra 'leggi immutabili' e 'leggi arbitrarie', cuore del *Traité des loix*[43] e l'unica, agli occhi del giurista di Clermont-Ferrand, in grado di separare due sfere, come ci insegnava Bobbio nel passo che ho citato all'inizio, «congiuntamente esaustive» e «reciprocamente esclusive». Una *summa divisio* che per Domat possiede un evidente primato logico ed assiologico[44].

Ancora all'apogeo dell'assolutismo monarchico, al diritto non si accede dallo Stato, dalla legislazione – anche in questo ancora subalterna alla giurisdizione –, ma separando e distinguendo *ius inventum* ed *ius positum*.

Certo, nello Stato giurisdizionale maturo, il pubblico ha già un inconfondibile tratto volontaristico. Proprio Domat ne dà una celeberrima raffigurazione, considerando che se nel diritto privato, le leggi arbitrarie sono poca cosa, malgrado le grandi *ordonnances* di Luigi XIV e Colbert siano ormai alle spalle, «il y en a une infinité dans le Droit Public»[45]. Nonostante non manchino, neppure in Francia, all'apogeo dell'assolutismo, precisi «devoirs du Souverain»[46], le regole del diritto pubblico sono ormai, in massima parte, regole poste. La *loi de police* ne è il simbolo, con la sua necessità di essere pubblicata, di essere portata a conoscenza dei destinatari, con la sua intrinseca mutevolezza che si adegua al mutare, incessante, dei bisogni contingenti che è chiamata a disciplinare.

[42] J.-E-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Paris 1999, p. 15.

[43] Che vi dedica, quasi per intero, il capitolo XI: *De la nature et de l'esprit des Lois, et de leurs différentes espèces* (*Traité des loix*, cit. cap. XI, pp. XII ss.).

[44] Così, efficacemente, F. TODESCAN, *Le radici del giusnaturalismo laico*, II: *Il problema della secolarizzazione nel pensiero di Jean Domat*, Milano 1987, p. 63.

[45] J. DOMAT, *Preface*, cit., p. XVI.

[46] J. DOMAT, *Le droit public*, cit., I, III, pp. 11 ss.

Di centralità del pubblico, non è però ancora il caso di parlare. Il diritto ed il rapporto giuridico sono ancora nella loro essenza privatistici[47].

La grande dicotomia è ancora di là da venire; presuppone che si siano già conclusi gli itinerari che sono invece ancora in pieno svolgimento all'apogeo della monarchia amministrativa di antico regime od ormai prossimi all'avvio: quello statualistico del dispiegamento della sovranità, quello individualistico dei diritti. Presupporrà, pure, che la scienza giuridica giunga a «trasvalutare la distinzione dal piano di ausilio tecnico sino a farla diventare strumento ideologico-sistematico globale, in una parola sino a renderla suscettibile di trasformarsi in 'grande dicotomia' esaustiva»[48].

Solo a quel momento, ormai imboccato il 'secolo giuridico', proclamati i diritti individuali, ma ricondotta pure l'intera produzione del diritto ad una gerarchia delle fonti che ogni ramo del diritto tramuta autoritativamente in legge arbitraria, si ribalterà il punto di osservazione di Domat. Solo allora, con i primi fasti dell'assolutismo giuridico, la grande dicotomia tra leggi immutabili e leggi arbitrarie lascerà il posto a quella pubblico-privato.

Una scienza giuridica ormai consapevole della possibilità di estendere il sistema ed i suoi istituti anche al polo pubblicistico, forte dell'autonomia della propria dogmatica[49], collocherà le *têtes de chapitres* dell'intero ordinamento nel diritto pubblico e qui pure, con non poche contraddizioni, si tenterà di mantenere quel tanto di 'immutabile' che l'avvenuto dispiegamento della sovranità consente ancora di conservare in una inedita giuridicizzazione dell'ordine politico.

[47] J. DOMAT, *Le droit public, Avertissement,* cit., p.VI: le regole di diritto privato «sont d'un usage beaucoup plus fréquent et plus nécessaire dans l'administration de la Justice, que celles du Droit Public. Car celle du Droit Privé regardent toutes sortes de personnes indistinctement, et autant les particuliers que ceux qui sont dans des emplois publics, chacun pouvant avoir dans ses affaires domestiques des occasions où l'on a besoin des règles du Droit Privé; au lieu qu'on voit beaucoup plus rarement naître des occasions où l'on a besoin des règles du Droit Public».

[48] P. CAPPELLINI, *Privato e pubblico (dir.interm.),* cit., p. 672.

[49] Un felice sguardo di sintesi a questo momento fondativo, specialmente germanico, della scienza del diritto pubblico, in P. GROSSI, *L'Europa del diritto,* Roma - Bari 2007, pp. 170-75.

*Résumé*

Der Ursprung der grossen Dichotomie: «Le droit public» von Jean Domat

Dieser Beitrag versucht eine Neuauslegung von Jean Domats *Le droit public*, dem Nachfolgewerk seines großen Erfolges *Les Loix civiles dans leur ordre naturel* aus dem Jahr 1689, das 1697 ein Jahr nach dem Tod des Juristen aus Clermont-Ferrand posthum und weitgehend unvollständig erschienen ist. Das Werk zeichnet sich schon im Titel – einem der ersten, der in Frankreich auf das öffentliche Recht Bezug nimmt – durch seine stark modernen Züge aus. Domat verwendet und verwertet nämlich die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht über einen Strahlenkranz bewusster und analytischer Definitionen zur Beschreibung der Komplexität und Vielfalt des juristischen Pluralismus aber auch als Grundlage des Rechtssystems. Zum ersten Mal wird ein «System» des öffentlichen Rechts dem System des Privatrechts gegenübergestellt, das er im ersten Teil der *Loix civiles* konstruiert hatte.

Jede Flucht nach vorn wäre jedoch ein Anachronismus. Die Neulesung bestätigt, dass das Problem des öffentlichen Rechts, seiner Anfänge, seiner Wege und seiner Inhalte ein Problem ist, das einer breiten und bewussten Historisierung bedarf. Insbesondere muss die noch bis vor einigen Jahrzehnten anhaltende Tendenz vermieden werden, in der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht eine Unterscheidung zu sehen, die *a priori* den Kategorien des Rechtsdenkens angehört. Heute hat sich das Verständnis auch einer allgemeinen Theorie gewandelt, und es ist nicht mehr möglich, eine direkte Linie zu ziehen, die Altertum und Moderne lückenlos verbindet und eine immerwährende Gültigkeit der berühmten Definition Ulpians aus den Eingangsfragmenten des *Digests* außerhalb der Geschichte voraussetzt.

Trotz dieses Verständnisses muss man anerkennen, dass die Neuheiten des Werkes von Domat nicht nur systematischer Natur sind. Der konzeptuelle Rahmen der Unterscheidung öffentlich-privat ist indessen ganz und gar der staatliche. Das öffentliche Recht nimmt den typischen Raum der Moderne ein, der allgemeinen Staatsordnung, der Beziehung Befehl/Gehorsam, und es erreicht so die äußeren Grenzen der Regierung über das Territorium sowie die körperschaftliche Struktur der korporativen sozialen Ordnung.

Vom Privatrecht getrennt und in den staatlichen Rahmen eingeschlossen, erobert sich das öffentliche Recht eine eigene spezifische Konkretheit und

hört auf eine reine *positio studii* zu sein; es wird zur präzisen Machtdarstellung. Der Staat von Domat ist freilich zusammengesetzt und porös, er ist das Ergebnis der Umklammerung und Kreuzung von Monarchie und körperschaftlicher Gesellschaft und weit entfernt von der Staatsmaschine, die aus den napoleonischen Revolutionswirren hervorgehen sollte und genausoweit von der Dichotomie des 19. Jahrhunderts zwischen Staat und Gesellschaft. Domat bleibt jede konstitutionelle oder liberale Bestrebung fremd: seine Darstellung des Sozialen ist noch ganz und gar hierarchisch, in perfekter Harmonie mit der Ordnung des Ancien Regime.

Es handelt sich in jedem Fall um einen wichtigen Ort für unsere Problematik, besonders wenn dieser mit zwei anderen kontinentalen Wegen verglichen wird: dem deutschen und dem italischen. Im ersten Fall dominiert praktisch bis in die Anfangsjahre des 19. Jahrhunderts noch das Reich – und nicht der Staat – das Mittelfeld des öffentlichen Rechts und drängt auf Autonomie der Rechtswissenschaften. Im zweiten kommt nicht einmal ein theoretischer Diskurs zustande. In Italien überwiegt weiterhin ein einheitliches Rechtsverständnis und in der Darstellung der institutionellen Ordnung bleibt der Staat weiterhin juristisch unsichtbar.

Es handelt sich um interschiedliche Wege und Endresultate, auf die wir noch zurückkommen müssen und die unter historisch-komparatistischen Vorzeichen vertieft werden müssen, wenn man die Bedingungen verstehen will, die die Entstehung des öffentlichen Rechts von Mal zu Mal und je nach Kontext fördern oder hemmen; und dieses öffentliche Recht ist selbst jedes Mal aufgrund seiner Grenzen und aufgrund seiner Inhalte ein Anderes.

Die Nicht-Exportierbarkeit der protestantischen Reformation und des Konflikts zwischen Reich und Territorien außerhalb des deutschen *Sonderwegs* zwingt uns die Hypothesen und die Antworten der *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* von Michael Stolleis mit einem allgemeinen Interpretationsschlüssel neu zu überdenken, der die unterschiedlichen Ausgangslagen und die unterschiedlichen Wege zur Staatsgründung auf dem Kontinent berücksichtigt.

Wollten wir das *Droit public* von Domat vor diesem Hintergrund betrachten, könnte man sagen, dass es sich um ein öffentliches Recht auf staatlicher Grundlage handelt, eines Staates jedoch, der noch überwiegend ein Justizstaat ist, in welchem die öffentliche Funktion *par excellence* noch die Justiz ist und in welchem die gesetzgebenden und disziplinierenden Aufgaben auf den Erhalt einer schon existenten Ordnung allein hingerichtet bleiben, die nicht gestört werden darf. Ein öffentliches Recht der

*constitution ancienne* und des 'Justizstaats'; ein öffentliches Recht, das der großen Dichotomie des 19. Jahrhunderts zwischen privatem und öffentlichem Recht noch fremd gegenüber steht.

Der dem von Portalis kritisierten revolutionären Geist entwachsende Ausdruck «tout devient droit public» befindet sich konzeptuell noch an den Antipoden. Domat betrachtet die Unterscheidung vom privatrechtlichen Standpunkt aus, von jenem Recht, das mal auf römisch-rechtlicher Grundlage, mal auf gewohnheitsrechtlicher seine Wurzeln in der Geschichte und in der Tradition hat, die an dieselbe göttliche Offenbarung anknüpft und das grundlegende und unveränderbare Substrat der existenten sozialen Ordnung ist. Und mehr noch ist die Unterscheidung privat/öffentlich absolut nebensächlich und hängt von der wirklich großen Dichotomie in Domats Denken ab: von der Unterscheidung zwischen «loix immuables» und «loix arbitraines», dem Herzstück des *Traité des loix*. Diese *summa divisio* besitzt für Domat ein eindeutiges logisches und axiologisches Primat. Noch auf dem Höhepunkt des monarchischen Absolutismus gelangt man nicht durch den Staat oder die Gesetzgebung – auch hierin noch der Justiz unterlegen – zum Recht, sondern indem man *ius inventum* und *ius positum* trennt und zwischen ihnen unterscheidet. Trotz allen Fortschritts der Disziplinierung durch die Monarchie kann noch nicht von der Zentralität des Öffentlichen gesprochen werden. Das Recht und die Rechtsbeziehungen sind in ihrem innersten Wesen noch privatrechtlich.

Die große Dichotomie zwischen öffentlichem Recht und privatem Recht setzt eine dem 19. Jahrhundert entstammende *forma mentis* und institutionelle Ordnung voraus, die sich erst schwach am Horizont abzeichnen.

*Übersetzung von Friederike Oursin*

# Reichsgrundgesetze als Verfassung im System des Ius publicum

von *Heinz Mohnhaupt*

## 1. *Zum Gestaltungsprozess des «Öffentlichen Rechts»*

Von «Öffentlichem Recht» jenseits der Epochengrenze des 16. Jahrhunderts zu sprechen, erscheint nicht unproblematisch. Gewöhnlich wird die Entstehung des Öffentlichen Rechts als eigenständige Disziplin – mit der zeitgenössischen Bezeichnung «ius publicum» – auf den Zeitraum zwischen dem 16. und 17. Jahrhundert eingegrenzt[1]. Klare Daten und eindeutige Gründer der Disziplin zu benennen, ist nicht möglich[2]. Limnaeus betont 1629, dass es über den Ursprung des *jus publicum* keine einheitliche Meinung gebe: «Originem Jurispublici quod attinet, non una omnium est opinio», und verweist dafür auf diskutierte unterschiedliche «praecepta naturalia, gentium, civiliaque», die als Entstehungsgrundlagen des Öffentlichen Rechts in Frage kämen[3]. Unabhängig davon wurde aber das Auftreten von politischen Problemfeldern als eine Notwendigkeit zu juristischem Entscheiden angesehen, das nach wissenschaftlicher Reflexion und Behandlung verlangte. Diese Problemlagen, die vor allem durch das wachsende Spannungsverhältnis zwischen Kaiser und erstarkenden Reichsständen sowie durch die Gegensätze zwischen der katholischen und protestantischen Partei entstanden waren, sind an bestimmte Begriffe gekoppelt, die schon eine längere Tradition aufweisen. Dazu gehören z.B die «iura regalia» und das «jus majestatis»[4] sowie «dominium», «iuris-

[1] So schon R. VON STINTZING - E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 1. Abt., München 1880, ND Aalen 1978, S. 663, 666; mit ausführlicher und überzeugender Begründung M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 1: *1600-1800*, München 1988, S. 141 ff.

[2] So zu Recht M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, S. 141.

[3] J. LIMNAEUS, *Liber primus iuris publici imperii romano-germanici, De origine juris publici: de translatione imperii in Germanos: De Statu, atque Statibus: de Legibus fundamentalibus, atque insignibus Imperii*, Argentorati 1629, S. 3 Nr. 17.

[4] Vgl. D. WYDUCKEL, *«Jura regalia» und «Jus majestatis» im Alten Reich. Ein Beitrag zu den Entstehungs- und Entwicklungsbedingungen des Öffentlichen Rechts*, in G. DILCHER -

dictio», «potestas», «status», «religio» und «forma regiminis». Jenseits der «arcana»[5] repräsentieren diese begrifflichen Phänomene rechtliche Elemente des «öffentlichen» politischen Raumes der Machtausübung und Machtbegründung[6], die nicht an Zeitgrenzen gebunden sind und die Epochengrenze zum Mittelalter überspringen. So ist es auch zu erklären, dass z.B. Brautlacht von einer Neubelebung oder Wiedergeburt der Materien, «quae sub jurisprudentiae publicae jamjam renascentis nomine et methodo pertractandae», spricht[7], – so als ob das *ius publicum* nur verschüttet gewesen sei. In diesem Sinne begrüßt auch Limnaeus 1629 die Lehre des *ius publicum* an vielen Universitäten des Reiches und betont, dass es nun sein ihm geschuldetes Ansehen zurückerhalte:

«Nunc vero singulari Dei gratia, Ius hoc publicum Majestati suae reditum, in dies splendorem debitum recipit, et non absque jucunda utilitate, et utili jucunditate, publicis in Academiis passim traditur, explicatur, excolitur»[8].

Vor diesem Hintergrund geht mein Beitrag für die Beschreibung und Analyse des Weges, der zur Herausbildung und Etablierung des Öffentlichen Rechts zwischen Mittelalter und Moderne geführt hat, von drei klärungsbedürftigen Begriffen aus; nämlich einmal von den pluralen Grundgesetzen bzw. «leges fundamentales» und zum anderen von der singularen «Verfassung» bzw. Konstitution, die beide wiederum als konstituierende Elemente für den dritten Begriff des «ius publicum» zu prüfen sind. Die «Reichsgrundgesetze» dienen gleichsam als Indikatoren und Prüfungsfall für die übergeordnete Rechtsdisziplin des «ius publicum»

D. Quaglioni (Hrsg.), *Gli inizi del diritto pubblico, 2. Da Federico I a Federico II / Die Anfänge des öffentlichen Rechts, 2. Von Friedrich Barbarossa zu Friedrich II.* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Contributi/Beiträge, 21), Bologna - Berlin 2008, S. 363-386.

[5] Die Etablierung eines «ius publicum» galt auch der Überwindung der «arcana» und zielte auf eine Publizität der Materien und ihrer Behandlung, was von den Vertretern der «aulici» als Gefahr für die «Majestas» des Regenten angesehen wurde; vgl. W. Becker, *Jus publicum romano-germanicum* ..., Excerpsit J.H. Reutter, editio cum augmento prima, Viennae 1668, S. 1 f.; A. Clapmarius, *De arcanis rerumpublicarum cum notis et animadversionibus* ... Joh. Christfriedi Sagittarii, editio quinta, Jenae 1673, S. 15 (Cap.: Definitio Arcanorum); M. Stolleis, *Arcana imperii und ratio status. Bemerkungen zur politischen Theorie des frühen 17. Jahrhunderts*, Göttingen 1980.

[6] Vgl. L. Hölscher, *Öffentlichkeit und Geheimnis. Eine begriffsgeschichtliche Untersuchung zur Entstehung* der *Öffentlichkeit in der frühen Neuzeit*, Stuttgart 1979, S. 36-80.

[7] Hier zitiert nach R. von Stintzing - E. Landsberg, *Geschichte*, S. 670 (G. Brautlacht, *Epitome jurisprudentiae publicae*, Jenae 1621).

[8] J. Limnaeus, *Liber primus iuris publici*, S. 6 Nr. 1.

bzw. des heute sogenannten «Öffentlichen Rechts», das über eine eigene Geschichte mit Epochen übergreifender begrifflicher Breite verfügt[9]. Da der Begriff der «leges fundamentales» erst etwa 1576 in Frankreich in der landessprachlichen Form der «lois fondamentales» in Erscheinung tritt, ist insoweit der Untersuchungszeitraum vom 16. Jahrhundert bis zum Untergang des Alten Reiches 1806 vorgegeben. Das schließt jedoch nicht aus, dass die epochenprägenden Elemente wie «Grundgesetze» und «ius publicum» über die gezogene zeitliche Grenzlinie des 16. Jahrhunderts in vorprägende mittelalterliche Politik- und Rechtsfelder zurückreichen können, wie aus den zitierten Stimmen von Brautlacht und Limnaeus erkennbar ist[10].

«Ius publicum» ist der ältere Begriff und eine schon im römischen Recht unter dem Dach des «ius civile» vom «ius privatum» abgehobene Rechtskategorie (*Dig.* 1.1.2.2.). Sie besitzt in ihrer bekannten römischrechtlichen Definition durch Ulpian eine wenig präzise Aussagekraft. Zudem wird häufig der moderne Begriff des Öffentlichen Rechts bis in die Antike zurückprojeziert[11]. Unabhängig von dieser Rezeptions- und Interpretationsproblematik[12] bildet der Begriff des «ius publicum» die Hintergrundfolie für unsere Fragestellung. Eine zusätzliche Schwierigkeit besteht darin, dass die rechtliche Dimension auch der beiden anderen Begriffsfelder «Grundgesetze» bzw. «leges fundamentales» und «Verfassung» zunächst noch ungenau, offen und klärungsbedürftig ist. Es ist jedoch durchaus möglich, für das moderne Element «verfassungsmäßiger» Kontrollen im Mittelalter funktionale Äquivalente aufzufinden[13]. Eine Gemeinsamkeit aller drei Begriffe besteht jedoch darin, dass sie in einer Beziehung zu Staatlichkeit und Staat stehen, wobei zu bedenken ist, dass auch «Staat» und «Staatlichkeit» im Mittelalter bis in die Neuzeit von unsicherer

[9] Dazu umfassend Th. SIMON, *Öffentliches Recht*, in *Enzyklopädie der Neuzeit*, Bd. 9, Stuttgart - Weimar 2009, Sp. 338-358; D. GRIMM, *Die Trennung von öffentlichen und privatem Recht*, in G. DILCHER - N. HORN (Hrsg.), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, Bd. 4: *Rechtsgeschichte*, München 1977, S. 55-65.

[10] Vgl. oben zu Anm. 7 und 8.

[11] Vgl. G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani, Elenco cronologico con una introduzione sull'attività legislativa dei comizi romani*, Hildesheim 1966, S. 1: «Il diritto pubblico romano è forse il campo in cui meglio si rivela la impossibilità di applicare criterii moderni allo studio di fenomeni appartenenti ad età passate».

[12] M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, S. 44 f.

[13] So M. ASCHERI, *Momenti di controllo «costituzionale» medievale e d'antico regime*, in P. CARNEVALE - C. COLAPIETRO (Hrsg.), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive*. Torino 2008, S. 23-35, insbesondere S. 30-35.

Gestalt und uneinheitlichem Gehalt waren. Zu Recht spricht daher Mitteis – abweichend vom anspruchsvollen Buchtitel *Der Staat des hohen Mittelalters* – von der «Staatwerdung» und den «Gestaltungen eines werdenden Begriffes»[14]. Das gilt unabhängig davon, welcher der sechs aristotelischen Regierungs- bzw. Staatsformen das einzelne Gemeinwesen zuzurechnen ist. Diese Frage wurde immer wieder besonders bezüglich des einem «monstro simile» und des ein «irregulare corpus» darstellenden Alten Reichs und dessen Grundgesetzen gestellt[15]. Zum *ius publicum* des Alten Reiches erklärte Burkhard Gotthelf Struve Anfang des 18. Jahrhunderts: «Enatum illud fuit cum ipsa Germanorum Republica»[16]. Das war eine Rückbetrachtung in die Zeit des Mittelalters. Der zeitgenössischen Lehre war sehr wohl bewusst, dass das *ius publicum* ein historisches Phänomen darstellte, das seinen Inhalt und seine Funktion erst im Laufe der Zeit im Kontext politischer Ereignisse wandelbar entwickelte. In diesem Sinne erklärte Limnaeus sehr klarsichtig:

«Caeterum postquam nobis animus est, hoc tractatu de Jure publico Imperii Romani disserere, sciendum est, illud pro diversitate temporum, diversum fuisse, et esse»[17].

Bezeichnend ist, dass Limnaeus 1629 die Mobilität des Begriffs «ius publicum» sowohl für die Vergangenheit wie auch für die Gegenwart konstatiert. Struve begründet diese Ungewissheit der Lehre zusätzlich damit, dass das Reich ohne Grundgesetze gewesen sei: «Iuris publici doctrina incerta olim, eo quod Imperium nostrum legibus fundamentalibus destitutum»[18].

Diese Aussage, die Struve im Jahre 1722 gemacht hat, zeigt, dass im 18. Jahrhundert auch von einem «ius publicum» im Mittelalter auf der gedanklichen Grundlage von «leges fundamentales» gesprochen wurde. In der Verknüpfung mit den *leges fundamentales* erhielt somit das *ius publicum* eine rechtliche Grundlage und einen Beurteilungsmaßstab. Man

[14] H. MITTEIS, *Der Staat des hohen Mittelalters. Grundlinien einer vergleichenden Verfassungsgeschichte des Lehnszeitalters*, Weimar 1962[7], S. 3, 5.

[15] So die berühmte Analyse der Reichsverfassung von S. PUFENDORF, *De statu imperii* (1667), Cap. VI. § 9. Vgl. S. PUFENDORF (Praeses), *Diss. de republica irregulari* (submittit: H. SIBRAND), Lund 1668, § 7. Zur Bewertung des Reichs durch Pufendorf zwischen den Kategorien «Zustand» und «Verfassung» vgl. H. MOHNHAUPT, *Verfassung I*, in H. MOHNHAUPT - D. GRIMM, *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart*, Berlin 2002[2], S. 68-70.

[16] B.G. STRUVE, *Iuris publici prudentia* ..., editio II., Ienae 1730, S. 1.

[17] J. LIMNAEUS, *Liber primus iuris publici*, S. 5 nr. 30.

[18] B.G. STRUVE, *Iuris publici prudentia* ..., S. 1.

kann dies als eine Kontinuitätslinie für das *ius publicum* vom Mittelalter bis in die Neuzeit lesen, obwohl das benutzte begriffliche Prüfungs-Kriterium der *leges fundamentales* bzw. Reichsgrundgesetze im Mittelalter noch gar nicht existierte. Begriff, Inhalt und Funktion dieses Rechtsinstituts sind zunächst zu behandeln.

## 2. *«Leges fundamentales»*

In der Literaturgattung der «Politica» sowie in der gemeinrechtlichen Literatur, aber vor allem in den Traktaten, Lehrbüchern und Dissertationen zum *ius publicum* tritt ab dem 17. Jahrhundert mit unterschiedlicher Zweckrichtung der Begriff der «leges fundamentales» in Erscheinung[19]. Dieser wird zu einem gesamteuropäischen Phänomen, dessen lateinische Wortform dann Ende des 17. Jahrhunderts in allen entwickelten Staaten in landessprachlicher Begrifflichkeit auftritt[20]. Ausgangspunkt seiner Entstehung ist in der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts die Auseinandersetzung um die Monarchie in Frankreich, als Bürgerkrieg, Glaubensspaltung und Thronfolgestreit das Königtum erschütterten. Ausdruck dieser sowohl religiösen als auch politischen Bewegung ist die Geburt der *lois fondamentales*, die zum Kernpunkt für die Festlegung von Ordnungsprinzipien zwischen den Anhängern der katholischen Liga und der hugenottischen Partei wurden. Die neue Begriffsverwendung bewegt sich zwischen politischer Agitation und den Versuchen einer rechtlichen Einkreisung und Fixierung des Streitgegenstandes. Dementsprechend besitzt der Begriff der «lois fondamentales» noch keine klare rechtliche Kontur. Der Diskussionsrahmen ist bestimmt durch die Fragen, wann eine Tyrannis des Herrschers vorliegt, wie das rechtliche Verhältnis zwischen Herrscher und Untertanen gestaltet ist und welche Folgerungen zu ziehen sind, wenn Herrscherpflichten verletzt werden. Das führte z.B. zu der Frage, ob in solchen Fällen ein Widerstandsrecht vorliege. In diesem Zusammenhang

[19] Vgl. H. MOHNHAUPT, *Von den «leges fundamentales» zur modernen Verfassung in Europa. Zum begriffs- und dogmengeschichtlichen Befund (16.-18. Jahrhundert)*, in «Ius Commune», 25, 1998, S. 121-158, hier S. 124.

[20] Z.B. Reichsgrundgesetze, *lois fondamentales* (Frankreich), *leyes fundamentales* (Spanien), *fundamental laws* (England), *prawa kardynalne* (Polen), *fundamental lag* (Schweden), *fundamentele wetten* (Niederlande), *leggi fondamentali* (Italien); Nachweise bei H. MOHNHAUPT, *Potestas legislatoria und Gesetzesbegriff im Ancien Régime*, in «Ius Commune», 4, 1972, S. 195 f.; italienische Nachweise zuletzt bei I. BIROCCHI, *La carta autonomistica della Sardegna tra antico e moderno. Le «leggi fondamentali» nel triennio rivoluzionario (1793-96)*, Torino 1992, S. 159 ff.

diskutiert 1574 Théodore de Bèze die Frage, ob tyrannische Bösartigkeit einen Umsturz des Staates und der Grundgesetze des Königtums bedeute: «... ains la Tyrannie emporte une malice confermee avec un renversement d'Estat et des Loix fondamentalles d'un Roiaume»[21].

Zwei Jahre später hat 1576 Innocent Gentillet in seinem *Discours sur les Moyens de Bien Gouverner et maintenir en bonne paix un Royaume ...*[22] und in seiner gleichfalls 1576 anonym erschienen Schrift *Briève Remonstrance à la Noblesse de France* den Begriff der «lois fondamentales» gleichfalls in der Pluralform verwendet mit der funktionalen Bedeutung eines architektonisch verstandenen Fundaments, auf dem das errichtete Gebäude ruht, welches das französische Königtum repräsentiert: Wie ein Gebäude zusammenfalle, wenn man sein Fundament zerstöre, so würden auch «le royaume, le roy et la royauté» zusammenbrechen, wenn man die Grundgesetze zerstöre: «Ainsi quand l'on abbat les loix fondamentales d'un royaume, le royaume, le roy et la royauté qui sont basties dessus, tombent quand et quand»[23].

Sachlich stellen die *lois fondamentales* drei Handlungsschranken für die französischen Könige dar: 1) die Einhaltung der *lex salica* mit dem Gebot der männlichen Erbfolge; 2) die Garantie der drei Stände; und 3) die Unveräußerlichkeit des Krongutes. Auf diesen drei Säulen – den «vrays colonnes»[24] – ruht das französische Königtum. Wie der König an das *ius divinum* und das *ius naturale* gebunden ist, so ist er auch an diese «Grundgesetze» gebunden, das heißt, er kann sie auch nicht abschaffen:

> «Ne peut aussi le prince abolir les loix fondamentales de sa principauté, sur lesquelles son estat estoit fondé, et sans lesquelles sondit estat ne pourroit subsister ne durer: car ce seroit s'abolir et ruiner soy-mesme»[25].

Demzufolge gelten diese «loix fondamentales» als unverletzlich – «inviolables» – und können niemals zur Disposition stehen:

[21] Th. DE BÈZE, *Du droit des magistrats sur leurs subiets*, 1574, hrsg. von R.M. KINGDON, Genève 1970, S. 61.

[22] J. GENTILLET, *Discours, sur les Moyens de Bien Gouverner et maintenir en bonne paix un Royaume ou autre Principauté. Divisez en trois parties: a savoir, du Conseil, de la Religion et Police que doit tenir un Prince. Contre Nicolas Machiavel Florentin. A Treshaut et Tres-illustre Prince François Duc d'Alençon, fils et frère de Roy*, o.O. 1576, hrsg. von C.E. RATHÉ, ND Genève 1968, S. 74.

[23] [J. GENTILLET,] *Brieve Remonstrance à la Noblesse de France sur le faict de la Declaration de Monseigneur le Duc d'Alençon*, s.l. 1576, S. 13.

[24] J. GENTILLET, *Discours*, S. 74; [J. GENTILLET,] *Brieve Remonstrance*, S. 76.

[25] J. GENTILLET, *Discours*, S. 74.

«... toutes les bonnes et anciennes loix dudict royaume, qui devoyent estre inviolables, et religieusement gardees et observees, comme vrays colonnes sur lesquelles la Couronne de France, le Roy, et la royauté sont fondez»[26].

Zwei Zielrichtungen sind aus den französischen Grundgesetzen erkennbar: einmal soll Recht die Ausübung von Macht und Herrschaft limitieren und zum anderen Macht und Herrschaft im Rahmen der abgesteckten Grenzen ermöglichen und rechtlich kontrollierbar sichern. Das entspricht durchaus auch der Aufgabe moderner Verfassungen. Drei Bereiche betreffen die *lois fondamentales* in Frankreich: «la religion Chrestienne, la Iustice et la Police», die als die «trois colonnes du royaume» bezeichnet wurden[27]. Die Säulen-Metapher ist ein oft gebrauchtes Bild, das das Ziel von Sicherheit, Bestandskraft und Stabilität des monarchischen Gemeinwesens – zu vermeiden ist hier noch das Wort «Staat» – verdeutlichen soll. Im Buch Hiob des Alten Testaments[28] gibt es ein ähnliches Bild, dass nämlich die Welt auf Säulen ruhe, deren Erschütterung die Erde zum Beben bringe. Baldus bezeichnete in seinen Consilien die Wahrheit als die «Grundsäule und Mutter» der Gerechtigkeit[29]. Auf die Person des Herrschers und seine Handlungsfähigkeit bezogen, werden die Grundgesetze als Instrumente zur Begrenzung der Handlungsmacht mit Zügel – französisch «frein» oder lateinisch «frenum» – und im Deutschen mit «Kette», «Halfter» und «Zaum» bildhaft umschrieben. Georg Lauterbeck hat 1567 in seiner Übersetzung von Claude de Seyssels *La grande monarchie de France* von 1541[30] dieses Bild zur Limitierung der Macht des französischen Königs gebraucht:

«Es sind aber fürnemlich drey stück / gleich wie drey Ketten oder Halfftern / mit welchen die gewalt der Könige zu Frankreich gebunden / verknüpfft und gemessiget wird / Nemlich / die Religion / Jurisdiction / und Policey»[31].

[26] [J. GENTILLET,] *Brieve Remonstrance*, S. 76.

[27] *Ibidem*, S. 34; vgl. auch H.MOHNHAUPT, *Von den «Leges fundamentales»*, S. 130 f.

[28] Buch Hiob 9:6.

[29] A.W. ERTEL, *Neu-eröffnete Schau-Bühne/Von dem Fürsten-Recht*, Nürnberg 1702, S. 2.

[30] C. DE SEYSSEL, *La grandmonarchie de France, composee par ..., adressant au Roy treschrestien, Francoys premier de se nom. (La loy Salique, premier loy des Francoys)*, s.l. 1541, S. 11 f.

[31] G. LAUTERBECK, *Regentenbuch Auffs fleissigst und herrlichst itzt von Newem ubersehen ... Allen Regenten ... zu anrichtung und besserung erbarer und guter Policey / Christlich und nötig zu wissen ... Vom Ampt der Könige und Regierung des gemeinen Nutzes in der löblichen Kron Franckreich / des fürtrefflichen Mannes Claudii Sessels / Zwey ... Bücher ... und von Johanne Schleydano ins Latein gebracht ..., in unsere Deudsche Sprache versetzt Durch Georgium Lauterbecken*, o.O. 1567, (o.S., 1. Buch, fol. 14).

Für diese Handlungsschranken haben weder Seyssel 1541 noch sein deutscher Übersetzer 1567 den Begriff der Grundgesetze oder «leges fundamnetales» gebraucht, während Gentillet 1567 die gleichen handlungsbeschränkenden Bereiche der Religion, Jurisdiktion und Policey als «lois fondamentales» bezeichnet hat. In der deutschen Übersetzung von Gentillets *Discours* verändert Nigrinus 1624 im Titel auch die Reihenfolge der drei Säulen und die inhaltliche Kennzeichnung, indem er die drei Bücher thematisch aufteilt: 1) in die «Von guten Räthen» – womit die Jurisdiktion gemeint ist, 2) «Von der Religion» und 3) «Von der Regimentsverwaltung oder Policey»[32]. Im Zeitraum seit 1576 entsteht somit der «grundgesetzliche» Charakter dieser Rechtsmaterien und es beginnt die Karriere dieses Begriffs. Für die *lois fondamentales* gebraucht Nigrinus in seiner Übersetzung von Gentillets *Discours* die Bezeichnungen «Hauptpunkte», «Grundfeste», «Seulen» und «Grundsatzung». Er erklärt: «Ein Fürst darff nicht die Grundsatzung seiner Herrschafften auffheben»[33].

In der deutschen Rechtssprache erhält im 16. Jahrhundert zunehmend die Bezeichnung «Grundfeste» eine bildlich bestärkende Bedeutung für das Gemeinwesen, wenn z.B. der Wormser Reichsabschied von 1521 sagt, «daß darauff als auff einer Grundfeste das H. Röm. Reich ruhe»[34]. Ähnlich spricht bereits 1520 das neue Freiburger Stadtrecht von den «guten ... satzungen und stattrechten», dass diese «nach den worten der geschrifft ... ein fundament ... der Stetten» sind, damit daraus Friede erwachse[35]. «Satzung» meint hier so viel wie Gesetz und dient – wie im Freiburger Stadtrecht – der Sicherheit des Rechts im Sinne seiner schriftlichen Fixierung und Beweisbarkeit, die als das «Fundament» des Friedens gesehen wird. Die französischen Textbeispiele zeigen dagegen den wachsenden Sinnzusammenhang zwischen Gesetz und Fundament. Aufgabe und Ziel der Machtbegrenzung auf der Ebene des Herrschers und auf der Grundlage eines als «Gesetz» bezeichneten staatlichen Herrschaftsprinzips waren erkannt und benennbar, aber in deutscher Sprache noch nicht eindeutig unter den Begriff der «Leges fundamentales» bzw. der

[32] [G. NIGRINUS,] *Antimachiavellus Das ist Regentenkunst / und Fürstenspiegel. Oder Gründliche erklärung / welcher massen ein Königreich und jedes Fürsenthumb rechtmessig ... könne verwaltet werden.* Aufgetheilt in III. Bücher ..., verteutscht durch G.N., Straßburg 1624.

[33] [G. NIGRINUS,] *Antimachiavellus*, S. 38, 39.

[34] Vgl. Fr. ERNESTUS (Praeses), *Diss. de legibus fundamentalibus in genere, et singulatim in Imperio Romano Germanico* (submittit C.Chr. WUCHERER), Gissae 1709, S. 16.

[35] Nüwe Stattrechten und Statuten der loblichen Statt Fryburg im Pryszgow gelegen, o.O. 1520, Vorrede (fol. II).

«Grundgesetze» subsumiert. Der Begriff besaß noch nicht die Herrschaft über die ein *ius publicum* konstituierenden staatsrechtlichen – oder besser gesagt über die monarchierechtlichen – Fakten, die vor dem Hintergrund der dominierenden aristotelischen Staats- bzw. Regierungsformen-Lehre zu sehen sind.

### 3. *Funktion der «leges fundamentales»*

Mit der in Frankreich früher als in Deutschland vollzogenen Begriffsbildung hin zum «Gesetz» als einer «fundamentalen» Norm wird zugleich eine prinzipielle Unterscheidung zwischen privaten und nicht-privaten Gesetzen erkennbar, welch letztere man im allgemeinen als öffentlichrechtliche Gesetze zu bezeichnen pflegt[36]. Das vielfach diskutierte Problem der Dichotomie «öffentliches» und «privates Recht»[37], die durch die berühmte Ulpian-Fomel in *Digesten* 1.1.1.2 nur verstärkt, aber keineswegs geklärt wurde[38], ist aber durch die im Mittelalter staatsrechtlich ausgerichtete Diskussion über *status regni* und *utilitas publica* in konkrete Bahnen gelenkt worden[39]. Die Bezeichnung als «publicum», wie sie vor allem bei den Naturrechtlern im 17. und 18. Jahrhundert in der Wortkombination des konkretisierungsbedürftigen «bonum publicum» massenweise auftritt[40], erweist sich als Indikator eines staatlich/monarchisch struktu-

[36] Vgl. dazu auch H. MOHNHAUPT, *Von den «leges fundamentales»*, S. 133-136; DERS., *Grundlinien in der Geschichte der Gesetzgebung auf dem europäischen Kontinent vom 16. bis 18. Jahrhundert. Ein experimenteller Überblick*, in D. KLIPPEL - R. SCHULZE (Hrsg.), *Common Law und europäische Rechtsgeschichte*, in «Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte», 28, 2006, 1/2, S. 131 f.

[37] M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, S. 75 f.; zuletzt Th. SIMON, *Öffentliches Recht*, Sp. 342, 347.

[38] Vgl. über die Vielzahl unterschiedlicher Verwendungsformeln E. EHRLICH, *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen*, Bd. 1: *Das ius civile, ius publicum, ius privatum*, Berlin 1902, S. 159-168; L. HÖLSCHER, *Öffentlichkeit und Geheimnis*, S. 36-51; H. MÜLLEJANS, *Publicus und Privatus im römischen Recht und im kanonischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Unterscheidung Ius publicum und Ius privatum*, München 1961, S. 9 ff.

[39] St. GAGNÉR, *Über Voraussetzungen einer Verwendung der Sprachformel «Öffentliches Recht und Privatrecht» im kanonistischen Bereich*, in *Deutsche Landesreferate zum VII. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Uppsala 1966*, hrsg. von E. VON CAEMMERER und K. ZWEIGERT, Berlin - Tübingen 1967, S. 23-57, hier S. 40 f.; vgl. auch I. BIROCCHI, *La distinzione 'ius publicum/ius privatum' nella dottrina della scuola culta (François Connan, Hugues Doneau, Louis Charondas Le Caron)*, in «Ius Commune», 23, 1996, S. 139-176.

[40] St. GAGNÉR, *Voraussetzungen*, S. 30 f.

rierten Gemeinwesens jenseits personaler, privater Individualität. In der Begriffsbildung von «lois fondamentales» bzw. «leges fundamentales» deutet sich die Trennung des Gesetzesbegriffs in eine Kategorie von öffentlichen und privaten Gesetzen an – ähnlich wie auch die Unterscheidung in «privatum» und «publicum» eine Trennung in Privatperson und öffentlichen Amtsträger ermöglichte.[41] Die neu formierte Gattung der Grundgesetze teilte die Gesetzgebungsgewalt des Fürsten, indem diese auf den Bereich der *leges humanae* eingegrenzt wird, während die Grundgesetze als machtbeschränkend, unverletzlich und unaufhebbar seiner alleinigen Entscheidungsgewalt entzogen werden. Théodor de Bèze hat diese Trennung in die «loix civilles» und die «loix ... du droit public et concernant l'Estat»[42] sehr klar vorgenommen, die später Claude Mey 1775 als die «loix du roi qui peuvent changer» und die «loix du royaume qui sont immuables» charakterisiert hat[43]. Die Grundgesetze bilden somit rechtliche Instrumente, um die viel diskutierte *absoluta potestas* des Herrschers und die theoretischen Positionen des Absolutismus auszuhebeln oder zumindest zu relativieren[44]. Dem Herrscher wird ein «certum modum imperii gerendi» vorgeschrieben, um die Machtausübung nicht der Entscheidung eines Einzelnen zu überlassen[45]. Die Grundgesetze stehen insoweit auf einer Ebene mit dem *ius divinum* und *ius naturale*: «... quod Monarcha non sit solutus omnibus legibus 1. non Divinis, 2. non Naturae, 3. non Fundamentalibus»[46].

Daraus folgt ihre Höherrangigkeit gegenüber den anderen normativen Quellen und eine gewisse Vergleichbarkeit mit dem modernen Verfas-

[41] Dazu Chr. STROHM, *Ethik im frühen Calvinismus. Humanistische Einflüsse, philosophische, juristische und theologische Argumentationen sowie mentalitätsgeschichtliche Apekte am Beispiel des Calvin-Schülers Lambertus Danaeus* (Arbeiten zur Kirschengeschichte, 65), Berlin - New York 1996, S. 382-384.

[42] Th. DE BÈZE, *Du droit des magistrates*, S. 49.

[43] C. MEY, *Maximes du droit public François*, 2. ed., Tome II, à Amsterdam 1775, S. 239 f.; H. MOHNHAUPT, *Von den «leges fundamentales»*, S. 135 f.

[44] So auch zur Position von Arumaeus D. WILLOWEIT, *Rechtsprobleme der absoluten Monarchie*, in K.-H. KÄSTNER u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Martin Heckel zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen 1999, S. 641-657, hier S. 644 f.

[45] So Fr. ERNESTUS, *De legibus fundamentalibus*, S. 10; H. MOHNHAUPT, *Die Lehre von der «Lex Fundamentalis» und die Hausgesetzgebung europäischer Dynastien*, in J. KUNISCH (Hrsg.), *Der dynastische Fürtenstaat. Zur Bedeutung von Sukzessionsordnungen für die Entstehung des frühmodernen Staates*, Berlin 1982, S. 12-14.

[46] J.P. FELWINGER, *Dissertatio politica de Monarchia*, in DERS., *Dissertationes politicae, de omnibus rerumpublicarum speciebus*, Altdorffi 1666, S. 14 f.

sungsbegriff. Dieses Begriffsarsenal und sein Argumentationsfeld stehen in engem Zusammenhang mit den Debatten über das monarchomachische Widerstandsrecht[47].

## 4. *Die Grundgesetze in der «Politica»-Literatur*

Diese Situation muss man vor Augen haben, wenn man sich den «Reichsgrundgesetzen» zuwendet, deren begriffliche, inhaltliche und dogmatische Vorprägung in der geschilderten französischen Entwicklung angelegt ist. Um ihre Bedeutung für das *ius publicum* im Alten Reich bewerten zu können, ist zunächst nicht vom disziplinären Wissenschaftsbild des *ius publicum* auszugehen, sondern von der Literatur und speziellen Disziplin der «Politica»[48].

Die «Politica» stehen als außerjuristische Wissenschaft in der aristotelischen Tradition und behandeln die grundlegenden Ordnungsfragen für das Gemeinwesen, die in der Artistenfakultät behandelt wurden und erst später am Ende des 16. Jahrhunderts zum Gegenstand des *ius publicum* gehörten. Die «Politica» galten als eine «Interessen»-Lehre für das staatliche Gemeinwesen. Für den «statum publicum Germaniae», soweit er Bezug auf die Reichsgesetze nimmt, erklärt Christian Gottfried Hoffmann 1735 die «cognitio politica Imperii» zu einem unerlässlichen Erkenntnismittel, um «das wahre interesse des teutschen Reiches» zu erkennen, «was demselben zu wi(e)der und schädlich, wieweit die Verfassung des Reiches darmit correspondire, was zur Erlangung des Ruhestandes und Wohlstandes von Teutschland vor Mittel zu gebrauchen ...»[49]. Hoffmanns Folgerung lautet:

> «Man hat allezeit den Mangel der Prudentiae Politicae unter die Fehler der Scriptorum Juris Publici gerechnet: es ist unstreitig, dass die Reguln der poltischen Klugheit zu denen Principiis juris Publici gehöhren. ... Ob nun zwar jede ihre Gräntzen und eigene principia hat, so sind doch dieselben in einer so genauen Verwandtschafft, dass man zu einer vollkommenen Käntniß des teutschen Staates keiner entbehren kann ... und kann

[47] Vgl. Chr. STROHM, *Ethik im frühen Calvinismus*, S. 364-383.

[48] Ausführlich dazu M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, S. 80 ff., 116-125.

[49] Chr.G. HOFFMANN, *Einleitung in das Jus Publicum des Heil. Röm. Reichs, Welche die eigentliche Beschaffenheit und Ordnung dieser Disciplin anzeiget*, Franckfurth an der Oder 1735, darin: *Gründliche Beschaffenheit Der Eigentlichen und wahren Beschaffenheit Des Teutschen Staats-Rechts, Worinnen Desselben Eintheilungen und Fontes angezeiget, Insonderheit aber der Unterscheid Der Cognitionis Historicae, Juridicae et Politicae S.R.I. ausgeführet wird*, S. 57.

man ohne dieselben sich keinen richtigen Begriff von der Verfassung des teutschen Staats-Rechtes machen»[50].

So gibt es Teilidentitäten zwischen der «Politica» und dem *ius publicum*, die jedoch zunächst vom Vorrang des «Collegium Politicum» getragen sind, wie z.B. Liebenthals barocker Titel erkennbar macht[51], in dem die aufgeführten «öffentlich-rechtlichen» Materien durch die «leges fundamentales» eine Verklammerung erfahren. Das anfängliche Übergewicht der «Politica» war der Wissenschaft vom *ius publicum* im 17. Jahrhundert wohl bewusst, die z.B. mit den Worten von Limnaeus 1629 mit selbstkritischem Urteil erklärte, dass das *ius publicum* in den vergangenen Jahrhunderten unkultiviert und ungeordnet geblieben sowie letztlich nicht existent gewesen sei:

«Jus publicum ... quasi pro derelicto habitum fuit. ... Ius publicum, quod hodie utimur, quodque ad statum Imperii nostri Romano-Germanici spectat, multis retro seculis incultum mansit, maleque digestum et elaboratum a nostris relictum est ...»[52].

Dieses Urteil über die mangelhafte oder fehlende juristische Interpretation und Bearbeitung des monarchischen Gemeinwesens wurde noch zusätzlich mit dem Argument gestützt, dass die dominierende Rechtswissenschaft der Zeit – nämlich das römische Recht – für die Entscheidung von Problemen der Reichsverfassung nicht tauge[53]. So wurden Fragen nach der besten Staats- bzw. Regierungsform, nach den Bedingungen ihrer angemessenen Realisierung in den zeitgenössischen staatlichen Gemeinwesen, nach der Rechtfertigung von Herrschaft, nach den Zwecken und Mitteln des *bonum publicum* sowie nach dem Widerstandsrecht sämtlich in der «Politica»-Literatur behandelt. Es sind ethische und philosophische Ziele, die die «Politica» formuliert – «remittimus ad partem Ethicae generalem»[54], für deren Erfüllung das Recht als Mittel zum Zweck eine eigene, aber noch

[50] Chr.G. HOFFMANN, *Einleitung*, S. 59, 61.

[51] Chr. LIEBENTHAL (Praeses), Collegium Politicum, in quo de societatibus, magistratibus, juribus majestati, et *legibus Fundamentalibus* ..., editio postrema, Marpurgi Cattorum 1664.; Vgl. auch J.G. SULPICIUS, *De studio juris publici recte instituendo, et de scriptoribus eo pertinentibus dissertatio. Accessit ejusdem, de studiis academicis juvenis nobilis recte instituendis Epistola*, s.l. 1688, S. 11, 143: «... primum locum merito occupat, Prudentia Civilis, studium, quod vulgo politicae appellatione signamus ...».

[52] J. LIMNAEUS, *Liber primus iuris publici*, S. 5 (Caput II), S. 6 Nr. 1 (vgl auch oben zu Anm. 3).

[53] *Ibidem*, S. 11 (Cap. III), Nr. 1-4; G.D. HOFFMANN (Praeses), *Ius publicum imperii Romani strictissime sic dicti* (defendet D.F.G. FABER,), Tubingae 1777, S. 1.

[54] H. ARNISAEUS, *De republica seu relectiones politicae libri duo*, Francofurti 1615, S. 36.

keine selbständige Kategorie bildete: «Jus publicum ... est ... species et pars Jurisprudentiae, non Politices»[55]. Im 17. Jahrhundert lautet die Arbeitsteilung zwischen den beiden wissenschaftlichen Disziplinen folgendermaßen:

«Politica est habitus regendae cujuslibet civitatis. (Romano-Germanicae) Juris Publici prudentia est habitus leges de statu (Roman. Germaniae) publico conceptas interpretandi et applicandi. Ex qua re apparet, Polticum, et juris publici Consultum formaliter differre»[56].

Im Zusammenspiel beider Disziplinen bilden «salus publica» und «commune omnium civium bonum» die erklärten Ziele des staatlichen Handelns[57]. Daraus leitet Schönborner den Vorrang der «doctrina Politica» ab, die er eine «Architectonica Politica» nennt[58]. Diese Bezeichnung lässt den Bezug zu Konstruktion und Architektur des Gemeinwesens als Bau für das gedeihliche Zusammenleben der Menschen in einer staatlichen Ordnung erkennen. Es ist deshalb kein Zufall, dass die Politica-Literatur in diesem Kontext die Worte «fundare», «stabilire» und «stabilitatem conservare» gebraucht[59] und die «lex politica», die den Beginn und die Gründung sowie Verwaltung des Königreichs betrifft, die «lex Regni fundamentalis» genannt wird. Zvinger erklärt in seiner *Disputatio politica* 1609: «Fundatur autem seu consisitit status Politiae in juribus regni seu Reipublicae; quae sunt duplicia, nimirum Jura Majestatis et Leges Fundamentales»[60].

Dogmatisch wird das entscheidende Kennzeichen für das Entstehen der *leges fundamentales* in einer Vereinbarung zwischen Herrscher und Volk – «foedus populi cum Rege» – gesehen, durch die sich der König zur Einhaltung der Gesetze durch Eid verpflichtet hat und das Volk als

[55] H. DE COCCEII, *Juris publici prudentia compendio exhibita*, editio nova, Francofurti ad Viadrum 1705, S. 19.

[56] C.H. HORN, *Juris publici Romano-Germanici ejusque prudentiae, liber unus secundum LL.fundamentales et formam imperii praesentem conscriptus*, Berolini 1707, S. 10.

[57] J.Th.F. ZVINGER (Praeses), *Disputatio Politica de statu et formis rerumpublicarum* (Respondent Ph.-J. TREUTLER), Basiliae 1609, Cap. I: «Et ipsa Politica nihil aliud est, quam prudentia status publici dirigendi ad bonum publicum, seu felicitatem salutemque populi.»

[58] G. SCHÖNBORNER, *Institutionum politicarum libri III. e septem Georgii Schonborneri, ...* a M.F. WENDELIN(O) ... in lucem publicum missi, Francofurti 1638, S. 6; zu Schönborner vgl. M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, S. 118 f.

[59] J.Th.F. ZVINGER, *De statu*, III. (o.S.); J. BORNITZ, *Discursus politicus de prudentia politica comparanda*, Erphordiae 1602, o.S. (S. 3, 4); vgl. M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, S. 117 f.

[60] J.Th.F. ZVINGER (Praeses), *Disputatio Politica*, Cap. I.

Gegenleistung zum Gehorsam gegenüber dem König[61]. Gemeint ist die fiktive römische *lex regia*, durch die die Herrschaft auf den König übertragen worden sein soll[62]. Insofern wird auf römische Rechtsvorstellungen über Herrschaftsbegründung und deren mittelalterliche Argumentationstradition zurückverwiesen. Schönborner spricht von einer historischen Vergangenheit, die er abstrakt mit «Olim» benennt[63] und Zvinger verlegt die Entstehung dieser *leges fundamentales* in das «Regnum Israeliticum»[64]. Dieses Bündnis zwischen König und Volk hätten die Römer früher «jus regni» oder «leges regiae» genannt und sie würden heute – so erklärt Schönborner 1638 – als «leges fundametales» bezeichnet, weil auf ihnen wie auf Fundamenten – «veluti fundamentis» – der «status publicus» ruhe. Hier ist der Punkt erreicht, wo die «Politica» die Brücke zum Status des Alten Reiches schlägt und konkret die Gesetze benennt, die die Qualität einer «lex fundamentalis» aufweisen. Schönborners Aufzählung lautet:

«Hujusmodi leges in Imperio Romano sunt Aurea Bulla Caroli IV, Constitutio pacis religiosa et profana, Capitulatio Imperatoris et Recessus Imperii publicum statum concernentes»[65].

Christian Liebenthal stellt dagegen 1644 in seinem *Collegium Politicum* auf konkrete verfassungsrechtliche Fragestellungen und Institutionen ab, indem er die »instituta circa successiones» und die «forma electionis Aureae Bullae» als *leges fundamentales* bezeichnet. Auch das Vertretungsrecht «vacante imperio», das nur teilweise in der *Goldenen Bulle* und in einzelnen Wahlkapitulationen geregelt war, wird insoweit zum materiellen Bereich grundgesetzlicher Bestimmungen des Alten Reiches gerechnet[66]. Wie in den französischen Quellenbelegen wird der für das Gemeinwesen «Grund»-legende Charakter dieser Bestimmungen immer wieder hervorgehoben:

«Majestatem hanc Reipublae ... comprehendunt, custodiunt et tuentur leges fundamentales, seu leges regni, quae nihil sunt aliud, quam basis et fundamentum, sub quibus Respublica constituta, et tamquam fundamento innititur ...»[67].

[61] So G. SCHÖNBORNER, *Institutionum politicarum libri III*, S. 152.

[62] Dazu R. GRAWERT, *Gesetz*, in O. BRUNNER u.a. (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Bd. 2, Stuttgart 1975, S. 889 (mit Nachweisen).

[63] G. SCHÖNBORNER, *Instituionum politicarum libri III*, S. 152.

[64] J.Th.F. ZVINGER, *De statu*, Cap. VI: «Ejusmodi leges fundamentales erant olim in Regno Israelitico de duodecim tribub. conservandis ...».

[65] G. SCHÖNBORNER, *Instituionum politicarum libri III*, S. 152.

[66] Chr. LIEBENTHAL, *Collegium politicum*, S. 117 f. (Disputatio VII).

[67] *Ibidem*.

Als gemeinsames rechtliches Kennzeichen dieser Grundgesetze der «Germanorum imperii hodierni» gilt der *communis consenus*, wofür vor allem auf Althusius und seine «Politica» Bezug genommen wird. Bei ihm heißt es in der von Dieter Wyduckel herausgegebenen deutschen Übersetzung:

«Das Fundamentalgesetz (lex fundamentalis) stellt nichts anderes dar als bestimmte Verträge, unter denen mehrere Städte und Provinzen ... übereingekommen sind, ein und dasselbe Gemeinwesen zu bilden und dieses gemeinsam mit Tat, Rat und Hilfe zu verteidigen»[68].

Liebenthal folgt dieser Definition von Althusius, wenn er erklärt, dass die *lex fundamentalis* im Reich eine «communis sponsio civitatis» darstelle, welche der zukünftige Kaiser mit den Kurfürsten als Repräsentanten des Gemeinwesens eingehe, – also eine feierliche Verpflichtung sei, wie sie in den Wahlkapitulationen festgelegt wurde[69]. Die in dem Übereinkommen wirksame Bindungskraft der *leges fundamentales* zwischen den Parteien wird rechtsdogmatisch teilweise im «consensus», in der «sponsio» oder im «pactum» gesehen. Das Konsensprinzip verweist auf die Figur des «mutuel accord» und die in der monarchomachischen Literatur gebrauchte Konstruktion der «mutua obligatio» sowie auf den «Herrschaftsvertrag»[70]. Dementsprechend wurden auch Bezeichnungen wie «mutua conventio seu contractus, ... enim leges pactionatae» verwendet[71].

Diese Vertragsqualität der Vereinbarungen bewirkte eine rechtlich determinierte «Staatlichkeit», deren «Verfassungsfragen» gerade eben durch diese Vertragsfigur entscheidbar wurden. Die «Politica»-Literatur nahm in der Regel auf die zuvor geschilderte französische Entwicklung Bezug, betonte den Zweck der Machtbegrenzung und auch die europäische Dimension der Normgattung «leges fundamentales»[72].

68 J. ALTHUSIUS, *Politik*. Übersetzt von H. Janssen. In Auswahl hrsg. von D. WYDUCKEL, Berlin 2003, S. 205, (Kap. XIX, § 49); vgl dazu D. WYDUCKEL, *Föderalismus als rechtliches und politisches Gestaltungsprinzip bei Johannes Althusius und John C. Calhoun*, in «Rechtstheorie», Beiheft 16: G. DUSO u.a. (Hrsg.), *Konsens und Konsoziation in der politischen Theorie des frühen Föderalismus*, Berlin 1997, S. 279 f. In einer bisher unbekannten Dissertation von Althusius heißt es entsprechend: «Leges fundamentales regni sunt, quibus regnum et Respublica tanquam fundamento innititur ex consensu et communi approbatione et sanctione populi», M. SCATTOLA (Hrsg.), *De regno recte instituendo et administrando*, in «Quaderni Fiorentini», XXV, 1996, S. 27, mit begleitender Einführung von M. Stolleis.

69 Chr. LIEBENTHAL, *Collegium politicum*, S. 117.

70 Dazu H. MOHNHAUPT, *Von den «leges fundamentales»*, S. 138-140.

71 H. ARNISAEUS, *De republica*, S. 883.

72 So z.B. J.Th.F. ZVINGER, *De statu*, Cap. VI.

### 5. *Der Vertragscharakter der Reichsgrundgesetze in der Literatur der «Politica» und des «ius publicum»*

Seit der Mitte des 17. Jahrhunderts bilden verstärkt die positiven Rechtsquellen die Grundlage für die Behandlung des *status publicus* des Reiches in Gestalt seiner *leges fundamentales*. Das positive Recht dominiert. Die politikwissenschaftlichen Elemente treten erkennbar zurück. Was Gegenstand der «Politica» war, wird nun zumeist in verrechtlichter Form zum Gegenstand des *ius publicum*. Moser erklärt 1729, dass nur «nach den älteren Zeiten» die «Politic und politischen Oberservationen ... auch das ius publicum» umfasst hätten[73].

Allerdings wurde deshalb die «Politica» als Vorbedingung des *ius publicum* nicht ganz aufgegeben[74]. Daniel Keyser bezeichnete 1677 das «ius publicum» als das «ius novissimum», wodurch der durch jeweils neue Wahlkapitulationen erfolgte Anpassungsprozess an neue politische Konstellationen zwischen Kaiser und Reichsständen kenntlich gemacht wird[75]. Die Aufzählung der Reichsgrundgesetze in den Traktaten und Dissertationen zum *ius publicum* folgt dem Beispiel der «Politica»-Literatur, zieht aber den Kreis der den *leges fundamentales* zuzurechnenden Rechtstexte unterschiedlich weit. In der Gesetzessprache des Alten Reiches ist der Begriff erstmals in der Wahlkapitulation Kaiser Ferdinands III. von 1636 gebraucht, woraus zugleich auf die besondere Bedeutung der Wahlkapitulationen als Reichsgrundgesetze geschlossen werden kann, da in diese zugleich alle anderen Reichsgrundgesetze integriert waren[76]. Dieser Rang wird 1781 von Johann Stephan Pütter nachdrücklich betont. Er bezeichnet die Wahlkapitulation als

> «das vorzüglichste Reichsgrundgesetz, als es für die jedesmalige Regierung die neueste Bestimmung in sich fasset, und meist über alle und jede Zweige der kaiserlichen Regierung sich ausbreitet»[77].

[73] J.J. MOSER, *Bibliotheca juris publici S.R. German.Imperii*, 1. Theil, Stuttgart 1729, S. 169 (in einer Besprechung zu CALENUS, *Observationum Historico-Politicarum*, Wittebergae 1687).

[74] Chr.G. HOFFMANN, *Einleitung*, S. 57.

[75] «De Jure Novissimo sive Publico», in D. KAYSER, *Historia juris civilis, feudalis, canonici, novissimi* sive *publici*, in *Manuductio ad universum jus civile et canonicum II.*, Francofurti et Lipsiae 1677, S. 85 ff.

[76] Vgl. A. BUSCHMANN, *Kaiser, Reich und Landesherren*, in D. MURSWIEK u.a. (Hrsg.), *Staat – Souveränität – Verfassung. Festschrift für Helmut Quaritsch*, Berlin 2000, S. 460 mit Anm. 30.

[77] J.St. PÜTTER, *Litteratur des Teutschen Staatsrechts*, 2. Theil, Göttingen 1781, S. 392.

Neben den bereits genannten Reichsgrundgesetzen bilden die Exekutionsordnung, die Reichskammergerichtsordnungen von 1495 bis 1654 und die Reichshofratsordnung eine eigene Kategorie reichsgrundgesetzlicher Rechtsfundamente für das Reich[78]. Inhaltlich lassen sich diese Reichsgrundgesetze den von Gentillet für die französischen «lois fondamentales» gebildeten Materien «Religion, Jurisdiction und Policey» bzw. «Regimentsverwaltung» zuordnen. Sie bilden das funktionale Ordnungsfundament, auf dem das Reich ruht und das seinerseits durch das Verhältnis zwischen Ständen und Kaiser bestimmt ist. Die allgemein von der Lehre für die *leges fundamentales* herausgestellte Vertragseigenschaft[79] konnte speziell für die Grundgesetze des Reiches als Ausdruck seiner besonderen Verfassungsstruktur interpretiert werden. Jedes der genannten Reichsgrundgesetze, zu denen auch die völkerrechtlich wirkenden und verpflichtenden Verträge in Gestalt des Westfälischen Friedensschlusses von 1648 und des Reichsdeputationshauptschlusses von 1803 gerechnet werden, ist in seiner Entstehung durch eine vertragliche Absprache, Vereinbarung oder wechselseitige Verpflichtung entstanden, aus der sich die Bindungswirkung der Vertragsparteien ergibt: «Forma sive modus constituendi Legem Fundamentalem sit per mutuam conventionem»[80]. Dieses Vertragselement wird aus der «Politica»-Literatur und deren zur Machtlimitierung gebrauchten monarchomachischen Argumentationen von der im 16./17. Jahrhundert entstehenden Universitätsdisziplin «ius publicum» aufgenommen und als konstituierender Baustein für die Reichsverfassung benutzt. In der Tat ließ sich aus dem wechselseitigen Verhandeln zwischen Reichsständen und Kaiser auf den Reichstagen sowie aus der Verabschiedung der Reichsgesetze und Wahlkapitulationen deren Vertragscharakter leicht begründen. So beantwortete Jacob Brunnemann 1714 in seinem *Examen Juris Publici Germanici novissimi* die Frage: «Was ist das Jus Publicum des Römischen Reichs Teutscher Nation?» mit folgenden Worten, die an Althusius' Definition erinnern:

> «Es ist ein Begriff aller öffentlichen Verträge, welche hauptsächlich den Politischen Zustand des Teutschen Reiches, sowohl dessen Regiment, als dessen Erhaltung betreffen»[81].

[78] Zu den einzelnen Reichsgrundgesetzen zuletzt: A. BUSCHMANN, *Reichsgrundgesetze und Reichsverfassung des Heiligen Römischen Reiches. Zur Entwicklung der Verfassungsgesetzgebung des Heiligen Römischen Reiches vom Spätmittelalter bis zum Jahre 1806*, in K. EBERT (Hrsg.), *Festschrift zum 80. Geburtstag von Hermann Baltl*, Wien 1998, S. 21-47.

[79] Vgl. dazu oben zu Anm. 68-71.

[80] Fr. ERNESTUS, *De legibus fundamentalibus*, S. 13, 37.

[81] J. BRUNNEMANN, *Examen*, S. 3 in J.Chr. LÜNIG, *Das Teutsche Reichs-Archiv, Pars Generalis ..., I. Desselben Grund-Gesetze, von Zeit der Güldenen Bull Kaysers Caroli IV. de*

Und geradezu als Inbegriff dieser «öffentlichen Verträge» charakterisiert Brunnemann die «Fundamental-Gesetze», wenn er sagt: «Es seynd öffentliche Verträge, welche den Zustand des Teutschen Reichs und derer, die in demselben regieren, betreffen»[82].

Dementsprechend kann er erklären: «Unser gantzes Jus Publicum gründet sich auf Pacta und Verträge»[83]. Etwas konkreter definiert Johann Jacob Moser 1766 die «geschriebenen Reichs-Grundgesetze» als

«diejenige Verträge und Gesetze, welche zwischen denen Römischen Kaysern und gesammten Reichsständen ... verglichen und zu Papier gebracht worden seynd und etwas die gegenwärtige Staatsverfassung des Teutschen Reiches betreffendes bestimmet haben; es sey nun darin etwas altes bestättiget, erläutert, vermehret, verbessert, abgeschaft, etc. oder etwas neues eingegangen und verordnet»[84].

Für unsere Fragestellung nach den in das Mittelalter zurückreichenden Wurzeln des *ius publicum* ist es nun entscheidend, dass Moser ausdrücklich auch «etwas altes» in den fundamentalen Rechtsrahmen des Reiches einbezieht und Brunnemann die Entstehungszeit solcher «leges fundamentales» bzw. «Fundamental-Gesetze» in die Zeit Karls des Großen zurückverlegt, wo vor allem unter «Ludovico Germanico» die Stände um eine Beteiligung an der Regierung kämpften. Er erklärt:

«Sie (sc. die Fundamentalgesetze jener Zeit) ... sind ohne Zweifel in einem stillschweigenden Vertrag oder Herkommen bestanden, nach welchen die Vornehmsten der Republic, von denen Reichs-Tägen und dem Regiment nicht sollten ausgeschlossen seyn»[85].

An anderer Stelle verknüpft Brunnemann den Beginn der Reichsgrundgesetze im Mittelalter mit Einheitsbestrebungen im Reich: «Initium legum fundamentalium totius Germaniae quaerendum in unione Germaniae sub Clodovaeo M. et Carolo M.»[86].

*Anno 1356 als dem ältesten Reichs-Fundamental-Gesetze, ... samt einem aus den Legibus Fundamentalibus gezogenen Examine Juris Publici Germanici Novissimi*, Tom. I, Leipzig 1713, im Anhang als «Pars Generalis, Anderer Theil». Vgl. auch die lateinische Fassung J. BRUNNEMANN, *Examen juris publici germanici novissimi juxta imperii leges fundamentales, sigillatim Capitulationem Imp. Josephi et Instrumentum Pacis Westphalicae ...*, editio secunda, Halae Magdeburgicae 1714, S. 2: «Est complexus Conventionum Publicarum ...».

[82] J. BRUNNEMANN, *Examen*, S. 6

[83] *Ibidem*, Nr. 1.

[84] J.J. MOSER, *Von Teutschland und desssen Staats-Verfassung überhaupt*, Stuttgart 1766, S. 195 f.

[85] J. BRUNNEMANN, *Examen*, S. 6 (Nr. 2. und 3.).

[86] Dissertatio II. *De legibus fundamentalibus*, Summaria § 2, in J. BRUNNEMANN, *Introductio in juris publici prudentiam*, Halae Magdeburgicae, S. 25.

Die «Unio Germaniae» und die Mitwirkung der Stände am Reichsregiment bilden hier die entscheidenden Kennzeichen der Reichsverfassung und den Kern der Reichsgrundgesetze. Eine historische konkrete Vertragsgrundlage dafür konnte Brunnemann nicht benennen. Er fasst aber die Ständebeteiligung als ein allgemeines Prinzip der Reichsverfassung auf, dessen Entstehung in das Frühmittelalter zurückverlegt wird, ohne dass zu jener Zeit der Begriff der «lex fundamentalis» schon bestanden hatte. Insoweit weist im 17. Jahrhundert die Gleichsetzung von Ständeprinzip und dualistischer Verfassungsstruktur des Reiches auf der einen Seite mit «Reichsgrundgesetz» und auf der anderen Seite mit *ius publicum* gedanklich und argumentativ in das Mittelalter zurück. In der *lex fundamentalis* erweist sich die Vertragsfigur als das entscheidende dogmatische Ordnungsmodell, das in der Tradition mittelalterlicher Herrschaftsverträge steht,[87] die nach Heinrich Mitteis ein «verbindendes Sollen» begründeten[88]. Mittelalterlicher Herrschaftsvertrag und neuzeitliches Reichsgrundgesetz zeigen in ihrer konsensual erzielten Bindung einen gemeinsamen dogmatischen Geltungsgrund: «Pacta dant legem contractibus»[89]. Die Errichtung staatlicher Ordnung durch paktierende Parteien spielt eine Schlüsselrolle für das *ius publicum* im Reich[90], in dem der Vertrag in Gestalt der Reichsgrundgesetze als das höchste und sicherste Instrument für rechtliche Bindungskraft galt[91]. Die bestehende begriffliche Widersprüchlichkeit, in der *lex fundamentalis* die vertraglich begründete Bindung und Machtlimitierung als ein «Gesetz» zu bezeichnen, war nur insoweit berechtigt, als die Verträge zwischen Kaiser und

[87] Vgl. G. DILCHER, *Vom ständischen Herrschaftsvertrag zum Verfassungsgesetz*, in «Der Staat», 11, 1988, S. 161-193, hier S. 163 f., 177 f.; W. NÄF, *Herrschaftsverträge und Lehre vom Herrschaftsvertrag*, in «Schweizer Beiträge zur Allgemeinen Geschichte», 7, 1949, S. 26-52; D. WYDUCKEL, *Ius Publicum. Grundlagen und Entwicklung des Öffentlichen Rechts und der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Berlin 1984, S. 164-168.

[88] H. MITTEIS, *Politische Verträge im Mittelalter* (1950), in DERS., *Die Rechtsidee in der Geschichte*, Weimar 1957, S. 603.

[89] Fr. ERNESTUS, *De legibus fundamentalibus*, S. 5 (§ II.).

[90] Vgl. B. STOLLBERG-RILINGER, *Die Wahlkapitulation als Landesgrundgesetz? Zur Umdeutung altständischer Verfassungsstrukturen ...*, in H. NEUHAUS - B. STOLLBERG-RILINGER (Hrsg.), *Menschen und Strukturen in der Geschichte Alteuropas*, Berlin 2002, S. 379-404, hier S. 379 f.

[91] H. MOHNHAUPT, *Vertragskonstruktion und fingierter Vertrag zur Sicherung von Normativität: Gesetz, Privileg, Verfassung*, in J.-F. KERVÉGAN und H. MOHNHAUPT (Hrsg.), *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie* (Ius Commune. Sonderhefte, 120), Frankfurt a.M. 1999, S. 26, 28.

Reichsständen die mittelbaren Reichsstände und die Untertanen kraft Mehrheitsentscheidung mit Gesetzeswirkung banden. Darin wird die Überzeugungskraft des Vertrages gesehen, in der politischen und rechtlichen Sphäre des Reiches als Garant des Rechtsfriedens wirken zu können. In der Konsequenz dieser Auffassung lag es, dass auch völkerrechtliche Verträge – wie der Westfälische Friedensschluss von 1648 – in ihrer rechtlichen Doppelnatur im modernen Sinne eine Verfassung darstellten und somit Verfassungsfragen kraft ihrer vertraglichen Bestimmungen entscheidbar machten. Daher war für diesen Typus auch der Begriff der «pacta fundamentalia» und «Grundverfassung» gebräuchlich[92].

## 6. *Sammlungen der Reichsgrundgesetze als Verfassungsfundament des Reiches*

Die im 16./17. Jahrhundert entstehende Disziplin des *ius publicum*, die etwa zeitgleich vom Aufkommen der neuen Begriffe «Grundgesetz», «Staatsraison» oder «ragione di stato» und «souverainetė» begleitet wird[93] und dem Gemeinwesen als «Staat» neue rechtliche und politische Konturen verleiht, sucht ihre positiven rechtlichen Quellen bis in das Mittelalter zurückzuverfolgen[94]. Wissenschaftsgeschichtlich erfolgt diese Traditionssuche somit aus dem Geist des Späthumanismus und des *Usus Modernus* vor dem Hintergrund der konkreten Verfassungsinstitutionen des Reiches. Typisch dafür ist die Arbeitsweise Struves, der einerseits das *ius publicum* auf die erst seit ca. 1600 sogenannten «leges fundamentales» stützt, andererseits *ius publicum* mit der Synode Papst Leos VIII. von 964 und der dort eingeräumten Wahl der Nachfolger der deutschen Könige beginnen lässt[95]. Dieser Rückgriff auf frühmittelalterliche Quellen war jedoch nicht unbestritten, da – wie Hoffmann erklärte:

> «diejenigen, welche in teutschen Reichs-Sachen ... auch auf die ganz alten Zeiten von Teutschland reflectiren und dieselbe zur Richtschnur des heutigen Staats-Rechtes machen wollen, in viele Schwierigkeiten und Irrwege sich einlassen»[96].

[92] G. Achenwall, *Iuris naturalis pars posterior complectens ius familiae, ius publicum et ius gentium*, 7. ed., Gottingae 1774, S. 91 f.; ders., *Die Staatsklugheit nach ihren ersten Grundsätzen*, Göttingen 1779[4], S. 24 f.

[93] Vgl. M. Stolleis, *Diskussionsbericht*, in J. Kunisch (Hrsg.), *Der dynastische Fürtenstaat*, S. 81-86; ders., *Geschichte*, S. 141-148.

[94] Vgl. D. Wyduckel, *«Jura regalia» und «Jus majestatis»*, S. 375 f.

[95] B.G. Struve, *Iuris publici prudentia*, S. 4, 111.

[96] So Chr.G. Hoffmann, *Gründliche Vorstellung*, S. 21.

Struve bildet insgesamt sieben Perioden des *ius publicum*, wobei die «Quarta Iuris publici Periodus» durch das Datum 1356 mit der *Goldenen Bulle* markiert ist. Erst durch diese «prima Imperii nostri constitutione pragmatica» und «lex fundamentalis» sei die bis dahin herrschende Ungewissheit des *ius publicum* – die «priorem Iuris publici incertitudinem» – beseitigt worden[97]. In der Tat bildet die *Goldene Bulle* von 1356 in allen veröffentlichten Sammlungen der Reichsgrundgesetze, die seit dem 17. Jahrhundert auf den Büchermarkt gekommen sind, die erste und wichtigste Quelle für das *ius publicum*. Johann Stephan Pütter erklärte 1781: «Keines unserer Reichsgrundgesetze hat so häufige Ausleger und Anmerkungsschreiber gefunden, als die Goldene Bulle»[98]. Er belegt das mit einer ausführlichen und umfangreichen Literaturliste[99]. Struve betont 1720: «Inter Leges autem Fundamentales hodiernas Imperium potissimum Germanicum regnum concernentes, prima lata est eademque in perpetuum valitura Aurea Bulla»[100].

Dieser immer wieder betonte Vorrang der *Goldenen Bulle* zeigt ein deutliches Verfassungsbewußtsein an, das sich in den zahlreichen Publikationen dieses «Grundgesetzes» dokumentiert. Die *Goldene Bulle* war ursprünglich nur in wenigen Handschriften verbreitet[101]. Vom Kaiser und zugleich böhmischen König abgesehen, erhielten nur die vier rheinischen Kurfürsten je ein Exemplar. Bis 1500 werden 79 lateinische und 59 deutsche handschriftliche Exemplare gezählt. Der erste Druck datiert von 1474. In Köln sind erstmals 1491 Vorträge von Haringius Sifridus Sinnema über die *Goldene Bulle* nachgewiesen[102]. Ab 1501 setzte eine von Peter Moraw

[97] B.G. STRUVE, *Iuris publici prudentia*, S. 6.

[98] J.St. PÜTTER, *Litteratur*, S. 483. Vgl. auch A. BUSCHMANN, *Die Rezeption der Goldenen Bulle in der Reichspublizistik*, in U. HOHENSEE u.a. (Hrsg.), *Die Goldene Bulle. Politik – Wahrnehmung – Rezeption*, Bd. 2, Berlin 2009, S. 1071-1119.

[99] Vgl. J.St. PÜTTER, *Litteratur*, S. 432 f., 483 ff.; J.L. KLÜBER, *Neue Litteratur des teutschen Staatsrechts* (Fortsetzung der Pütterschen «Litteratur»), Erlangen 1791, S. 74 ff; 134-141; J.Chr. LEIST, *Lehrbuch des Teutschen Staatsrechts*, Göttingen 1803, S. 11-19.

[100] B.G. STRUVE, *Syntagma iuris publici imperii nostri romano Germanici*, editio secunda, Ienae 1720, S. 191 f.

[101] Dazu und auch zum Folgenden P. MORAW, *Gesammelte «Leges fundamentales» und der Weg des deutschen Verfassungsbewußtseins (14. bis 16. Jahrhundert)*, in K. ELM (Hrsg.), *Literarische Formen des Mittelalters. Florilegien, Kompilationen, Kollektionen* (Wolfenbütteler Mittelalter-Studien, 15) Wiesbaden 2000, S. 1-18, hier S. 6 f.

[102] C. VON KALTENBORN, *Einleitung in das constitutionelle Verfassungsrecht*, Leipzig 1863, S. 217; H.-J. BECKER, *Die Entwicklung der juristischen Fakultät in Köln bis zum Jahre 1600*, in G. KEIL u.a. (Hrsg.), *Der Humanismus und die oberen Fakultäten*, Weinheim

im europäischen Vergleich als einmalig bezeichnete Publikationsfolge von Textcorpora mit verfassungsrechtlichen Quellen ein. Seit 1508 stand die *Goldene Bulle* an erster Stelle, – hauptsächlich bestimmt für einen «praktisch-politisch-juristischen Gebrauch»[103], denn sie bündelte alle für die Kaiserwahl und für das Verhältnis zwischen Kaiser und Kurfürsten entscheidenden Bestimmungen mit der Qualität – modern gesprochen – eines Verfassungsgesetzes. In diesem Sinne nannte sie Mauritius Guden 1683 unter den «publicas leges» die «celebratissima»[104]. 1356 war der Begriff der «lex fundamentalis» noch gar nicht geboren, aber dennoch schlugen seine erkennbaren sprachlichen Vorläufer schon eine Brücke zu den Elementen eines mittelalterlichen *ius publicum*. Das lässt sich begrifflich festmachen an den im Proömium der *Goldenen Bulle* verwendeten Sprachbildern, mit denen 1356 die göttlichen Tugenden als «fundamentum» bzw. «Grund-Feste» bezeichnet werden, und dass nach der Zerstörung dieser «Säulen» der ganze Bau – «totum aedificium» – zusammenstürzen werde[105]. Eine Bezeichnung als «lex fundamentalis» oder «Grundgesetz» lag nicht vor, aber eine auf religiös fundierte organisatorische Stabilität des Gemeinwesens zielende Haltung ist aus diesen Formeln abzulesen. Die Distanz zu den französischen «lois fondamentales» und den späteren «leges fundamentales» oder «Reichsgrundgesetzen» des 17. Jahrhunderts ist offenkundig, aber funktionale Teilidentitäten lassen sich feststellen.

Im 17. und vor allem im 18. Jahrhundert bilden die Reichsgrundgesetze das hauptsächliche Quellenfundament für das *ius publicum*. Allein die Titelblätter der zahlreichen Editionen stellen ausdrücklich die Grundgesetze in den Dienst des *ius publicum*. Die Herausgeber sahen sich jedoch vor das Problem der Quellenauswahl gestellt, da der Kreis der den Reichsgrundgesetzen zugerechneten Urkunden immer größer gezogen wurde und in das Mittelalter hineinragte. Johann Christian Majer machte dafür die immer «verwickelter» werdenden Verfassungsverhältnisse im Alten Reich verantwortlich:

1987, S. 51; K.H. BURMEISTER, *Das Studium der Rechte im Zeitalter des Humanismus im deutschen Rechtsbereich*, Wiesbaden 1974, S. 134.

[103] P. MORAW, *Gesammelte «Leges Fundamentales»*, S. 14 f.

[104] J.M. GUDEN (Praeses), *Dissertatio ad jus publicum* (Respondent: J.Ph. GREIFFENKLAU), Erfurt 1673, Pars I, Cap. I, Randnr. 64.

[105] Hier zitiert nach der Ausgabe von F.L. WAIZENEGGER, *Corpus juris publici S. R. Imperii Academicum in sich haltend Die Fürnemste Grund-Gesetze Des Heil. Röm. Reichs Insonderheit Kayser Heinrichs des Fünfften Vergleich mit Calixto II. dem Pabsten / die güldene Bulle, ...*, Freyburg 1750, S. 3 f. (Proömium).

«Mit dem Fortgange der Kultur ... wurde also natürlicher Weise das Ansehen förmlicher sogenannter geschriebener Grundgesetze, ihre Anzahl, ihre Präcision, ihre Nothwendigkeit und ihr Nutzen in ebendemselben Verhältnisse immer grösser»[106].

Änderungen und Anpassungen der Grundgesetze waren nötig und möglich, jedoch nur – und darin lag der Grundsatz ihrer Unverletzlichkeit – sofern beide Vertragsparteien darin übereinstimmten. So wurde es auch zur Pflicht für den Regenten erklärt, sich über Entstehung, Wirkung und Veränderungen der Grundgesetze zu informieren, um über die rechtlichen Bindungen der Herrscher und Herrschaft Bescheid zu wissen[107]. Die *Erläuterung der Grundgesetze des Reiches* gehörte z.B. 1756 zum Unterrichtsprogramm des späteren Kaisers Joseph II.[108]. Die Reichsverfassung bildete somit in Gestalt der Reichsgrundgesetze ein mobiles System innerhalb des *ius publicum*, das freilich nur die Organisation und die Institutionen des Reiches betraf, ohne zu grundlegenden individualrechtlichen Positionen der Aufklärungsepoche vorzustoßen.[109] Das ist jedoch nicht als gering zu veranschlagen. Das Editionsproblem war ein Ordnungsproblem der grundgesetzlichen Quellen. Waizenegger beschreibt es mit folgenden Worten:

«Nun seynd dieser Grund-Gesetzen von Zeit des Teutschen Kayserthums eine solche Menge vorhanden, daß damit mehrere Folianten angefüllt werden können, wie solches des Herrn Lünigs Reichs-Archiv, Goldasti Reichs-Satzungen, und die neue herrliche Sammlung derer Reichs-Abschiede von Zeiten Kaysers Conrad des Zweyten bis jetzo ... an den Tag legen»[110].

In der Regel bildete immer die *Goldene Bulle* den Anfang dieser zahlreichen Sammlungen. Es herrschte jedoch eine große Unsicherheit darüber, welche Dokumente zu den Reichsgrundgesetzen zu rechnen sind. Die ständig anschwellende Zahl des zu den Reichsgrundgesetzen gezählten normativen Rechtsstoffs zeigt den wachsenden Ordnungsbedarf auch für den dualistischen Ständestaat des Reiches an. Der Herausgeber Kahlen erklärte 1744 sehr klarsichtig, dass die Entscheidung darüber «von

[106] J. Chr. MAJER, *Teutsches weltliches Staatsrecht*, Bd. 1, Leipzig 1775, S. 135 f.

[107] G.Chr. GEBAUER, *Grund-Riß zu einer Umständlichen Historie der vornehmsten Europäischen Reiche und Staaten*, Leipzig 1749, S. 22 f.

[108] H. CONRAD (Hrsg.), *Recht und Verfassung des Reiches in der Zeit Maria Theresias. Die Vorträge zum Unterricht des Erzherzogs Joseph ...*, Köln - Opladen 1964, S. 19 f.

[109] Vgl. G. DILCHER, *Vom ständischen Herrschaftsvertrag*, S. 169; D. KLIPPEL, *Verfaßte Freiheit. Die Entdeckung der Freiheitsrechte als Verfassungsprinzip im 18. und 19. Jahrhundert*, in P.-J. HEINIG u.a. (Hrsg.), *Reich, Regionen und Europa in Mittelalter und Neuzeit. Festschrift für Peter Moraw*, Berlin 2000, 149-169, hier S. 151 ff.

[110] F.L. WAIZENEGGER, *Corpus juris publici*, Vorrede (I).

der engen oder weitläuftigen Einschränkung des Wortes ius publicum abhange»[111]. Er entscheidet sich für die weite Definition und beginnt seine *Sammlung der wichtigsten Grundgesetze* mit der Synode von Papst Leo aus dem Jahr 964. Johann Jacob Schmauß veröffentlicht in seinem *Corpus Juris Publici ... Academicum, Enthaltend des Heil Röm. Reichs Grund-Gesetze* allein 147 Texte, beginnend mit dem Vertrag zwischen Papst Callixtus II. mit Kaiser Heinrich V. von 1122. So konnten je nach Herausgeber auch Gewohnheitsrechte, Privilegien und Entscheidungen der höchsten Reichsgerichte in den Rang von Reichsgrundgesetzen gelangen. Die oft betonte Begrenzung auf einen «Nucleus» war für viele Herausgeber unvermeidbar, ließ aber ein klares Auswahl- und Editionsprinzip weder für die mittelalterlichen noch für die neuzeitlichen grundgesetzlichen Quellen erkennen. Ludolf Hugo schließt z.B. 1708 in seinem *Legum Germanicarum fundamentalium nucleus* unmittelbar an die *Goldene Bulle* sämtliche «Recessus Imperii» seit 1442 an. Eine Folge davon war, dass der Begriff der Reichsgrundgesetze feste Konturen vermissen ließ und verwässerte. Die Vielzahl der Grundgesetze wird jedoch zur Grundlage eines noch nicht rechtlich geschärften «Verfassungs»-Begriffs mit Teilidentitäten[112]. So fragt Pütter 1783, auf welchen Gründen die «Staats- und Religionsverfassung beruhe», und erklärt: «Da kommen zuerst die Schriften in Betrachtung von Grundgesetzen und Herkommen ...»[113]. Reichsgrundgesetze und «Verfassung» treten begrifflich in ein engeres Verhältnis, indem z.B. Schmauß «die vornehmsten Lehren in dem Jure publico mit den eigentlichen Worten der Fundamental-Gesetze zu erweisen» sucht[114]. 1741 erläutert der Herausgeber der *Goldenen Bulle*:

«Wir vermögen aber keine neue Verfassung nicht zu machen, ohne solche gewisser massen auf die in der Güldenen Bull enthaltene Grund-Gesetze wieder zu bauen: Zu welchem Ende es dann wohl nöthig seyn dürfte, den Zustand selbiger Zeiten mit den unsrigen zu vergleichen ...»[115].

[111] L.M. KAHLEN, *Corpus iuris publici S.I.R.G. Das ist: Vollständige Sammlung der wichtigsten Grundgesetze* ..., Göttingen 1744, Vorrede S. 11.

[112] Vgl. H. MOHNHAUPT, *Verfassung*, S. 71-91; DERS., *Reichsgrundgesetze*, in *Enzyklopädie der Neuzeit*, Bd. 10, 2009, Sp. 907-909.

[113] J.St. PÜTTER, *Litteratur*, 3. Theil, Göttingen 1783, S. 81.

[114] J.J. SCHMAUSS, *Corpus juris publici S.R. Imperii, Enthaltend des Heil. Röm. Reichs Grund-Gesetze. Insonderheit Die güldne Bulle* ..., 2. Edition, Franckfurt und Leipzig 1727, Vorrede zur ersten Edition (S. I); ähnlich M.E. TOZEN, *Einleitung zur allgemeinen und besondern Europäischen Staatskunde*, Bützow und Wismar 1779, S. 18: «Der Inbegriff der Grundgesetze heißt das Staatsrecht.»

[115] *Die Güldne Bull Kayser Carl des IV. Nach dem Zu Franckfurt befindlichen Lateinischen und Teutschen Original* ..., Franckfurt am Mayn 1741, Vorrede an den Leser, o.S. (S. VI).

So gewinnen und behalten auch im diachronen Vergleich die Reichsgrundgesetze eine Bedeutung für das *ius publicum* des Mittelalters und zugleich umgekehrt für den werdenden «Verfassungs»-Begriff der Moderne. Wir können konstatieren: Die Reichsgrundgesetze zeigen rückwärts gedachte, gesuchte und gefundene Kontinuitäten.

## 7. *Zusammenfassung*

Das heutige Verständnis vom «Öffentlichen Recht» ist vor allem durch seinen Gegenbegriff «Privatrecht» geprägt. Da in Mittelalter und Früher Neuzeit beide Sphären noch weitgehend ungetrennt waren, ist eine Bestimmung der Rechtskategorie «Öffentliches Recht» für diese Epoche erschwert und nur nach Einzelmerkmalen möglich. Zu diesen gehören die Reichsgrundgesetze bzw. *Leges fundamentales Imperii Romano-Germanici*. Sie bilden für die komplizierte Struktur des Alten Reiches ein Kerngebiet der heute als Verfassungsrecht bezeichneten öffentlichen Sphäre des Gemeinwesens, die seit dem Mittelalter zunehmend rechtlich determiniert wird. Seit der Wende zum 17. Jahrhundert bedeutet und umfasst sie unter dem Begriff «ius publicum» rechtliche Fundamente, auf denen monarchische «Staatlichkeit» beruht. Wissenschaftsgeschichtlich sind daher für die Herausbildung und für den Zusammenhang des «Öffentlichen Rechts» die Begriffe «leges fundamentales», «ius publicum» und «Verfassung» in den Blick zu nehmen, um Kontinuitätslinien dessen, was zum »Öffentlichen Recht» gerechnet wird und dieses repräsentiert, bis in das Mittelalter ziehen zu können. Den Ausgangspunkt der Untersuchung bildet die Wende vom 16. zum 17. Jahrhundert, als sich das «ius publicum» als eigenständige Disziplin etabliert hatte.

Begriff, Inhalt und Funktion der *leges fundamentales* entstanden als *lois fondamentales* in Frankreich um 1576, als Glaubensspaltung, Bürgerkrieg und Thronfolgestreit das Königtum erschütterten. Sie bildeten Ordnungsprinzipien zu Stabilisierung des monarchischen Gemeinwesens für den Bereich der dynastischen Erbfolge, der Religion, des Krongutes und der Stände. Eine solche ordnungsrechtliche Zweckrichtung ist den Grundgesetzen in allen europäischen Ländern zueigen. Sie bedeutet für den Monarchen eine rechtliche Bindung und Handlungsschranke, die aus der Vertragseigenschaft der *leges fundamentales* – ihrer «mutua conventio» und «obligatio» – erklärt wird. Diese Bindungskraft entspricht der des *ius divinum* und *ius naturae*. Daraus folgt, dass Grundgesetze nicht einseitig aufgekündigt werden dürfen. Die Lehre unterscheidet daher zwischen den «staatliche» Stabilität verbürgenden unveränderlichen Grundgesetzen und

den veränderlichen *leges humanae.* Im Reich bilden die zwischen Kaiser und Kurfürsten bzw. Reichsständen ausgehandelten Wahlkapitulationen und Reichsgesetze vor allem mit Bezug auf Gerichtsbarkeit und Religionsfrieden den Nucleus der Reichsgrundgesetze und des *ius publicum.* Dieses steht zunächst im 16. und frühen 17. Jahrhundert noch im Schatten der aristotelisch orientierten «Politica»-Literatur, die vor dem Hintergrund der Reichsgrundgesetze den Modus des Regierens behandelt, während die *juris prudentia* die rechtliche Interpretation und Anwendung betrifft. Mit der Verselbständigung des *ius publicum* werden die Reichsgrundgesetze zur rechtlichen Entscheidungsnorm in den Konfliktfällen der Reichs-«Verfassung». Darin liegt ihre «öffentlichrechtliche» Eigenschaft. Sowohl die Literatur der «Politica» als auch des *ius publicum* ziehen den Kreis der Reichsgrundgesetze unterschiedlich weit. Entscheidend für unsere Fragestellung ist, dass von verschiedenen Autoren des 17. und 18. Jahrhunderts Verträge zwischen Ständen und Kaiser sowie zwischen Kaiser und Papst aus dem Mittelalter als *leges fundamentales* bezeichnet werden, obwohl zu dieser Zeit der Begriff der «Grundgesetze» noch gar nicht existierte. Die Festlegung einer Herrschaftsordnung durch paktierende Parteien spielt eine Schlüsselrolle für das *ius publicum* des mittelalterlichen Reiches, da im Vertrag in Gestalt der Reichsgrundgesetze das sicherste Instrument rechtlicher Bindungskraft gesehen wurde. Der Rückgriff im 18. Jahr-hundert auf frühmittelalterliche reichsgrundgesetzliche Normen war zwar umstritten, diente aber dennoch der Konstituierung eines als *ius publicum* bezeichneten «Öffentlichen Rechts». Als Hauptquelle reichsgrundgesetzlicher Quellen diente die *Goldene Bulle,* die in der Bewertung des 18. Jahrhunderts die bedeutendste Kontinuitätslinie zum mittelalterlichen *ius publicum* darstellt. Die in den Sammlungen der Reichsgrundgesetze ständig wachsende Zahl publizierten normativen Rechtsstoffs zeigt den steigenden Ordnungsbedarf für das Alte Reich an und erklärt, weshalb auch normative Quellen aus dem Mittelalter als «Reichsgrundgesetze» in das *ius publicum/Öffentliche Recht* eingebaut wurden.

*Résumé*

Le leggi fondamentali dell'Impero germanico come costituzione nel sistema dello «ius publicum»

La comprensione di cosa significhi «diritto pubblico» passa inevitabilmente oggi attraverso la sua contrapposizione concettuale al «diritto privato». Considerato peraltro che nel medioevo e nella prima età moderna le due sfere non erano ancora chiaramente distinte, una caratterizzazione giuridica esatta di cosa fosse allora il diritto pubblico è estremamente difficile e diventa possibile soltanto con il ricorso a caratteri o concetti giuridici più particolari. Fra questi vi sono le leggi fondamentali dell'impero o *leges fundamentales Imperii Romano-Germanici*. Nel complesso ordinamento dell'antico impero germanico esse formano il nucleo centrale di quella sfera pubblica di norme riguardanti la comunità in generale (l'odierno diritto costituzionale) che a partire dal medioevo assume una configurazione giuridica via via più precisa. Agli inizi del XVII secolo essa include ormai essenzialmente nel concetto di *ius publicum* i fondamenti giuridici sui quali poggia la statalità monarchica. Per questa ragione, ai fini di una ricostruzione storico-scientifica corretta dell'evoluzione del diritto pubblico, diventa essenziale approfondire, oltre al concetto di *ius publicum*, anche quelli di *leges fundamentales* e di costituzione, così da poter ricercare già nel medioevo l'origine di alcune importanti linee di continuità che porteranno alla formazione del diritto pubblico moderno. Il punto d'arrivo di questa ricerca è segnato proprio dalla svolta tra XVI e XVII secolo, allorché lo *ius publicum* si afferma come disciplina giuridica autonoma.

Il concetto, il contenuto e la funzione delle *leges fundamentales* trovarono la loro definizione nel dibattito sulle *lois fondamentales* che si svolse in Francia negli anni intorno al 1576, mentre il regno era dilaniato dai conflitti religiosi, dalla guerra civile e dalle lotte dinastiche. Esse rappresentavano i princìpi fondamentali dell'ordinamento, necessari a garantire stabilità al governo monarchico della comunità, e regolavano in particolare i seguenti ambiti: la successione dinastica, la religione, il patrimonio della corona e i privilegi cetuali. Una simile finalità ordinamentale delle leggi fondamentali si rinviene nella sostanza in tutti i paesi europei. Le *leges fundamentales* costituiscono al tempo stesso un limite giuridico invalicabile per il monarca, dato il loro carattere contrattuale che implica una *mutua conventio* e *obligatio*. Il loro valore vincolante corrisponde a quello dello *ius divinum* e dello *ius naturae*. Ne consegue che le leggi fondamentali non possono essere disdette unilateralmente: la dottrina fa una distinzione netta tra le immutabili leggi fondamentali, che garantiscono la stabilità

dello Stato, e le *leges humanae* modificabili. Nell'impero costituivano il nucleo centrale delle leggi fondamentali, e quindi anche dello *ius publicum*, anzitutto le capitolazioni elettorali (*Wahlkapitulationen*), concordate tra imperatore e prìncipi elettori o ceti imperiali, e poi le leggi imperiali, in particolare quelle in materia di giurisdizione e di pace religiosa. In una prima fase, nel corso del XVI secolo e fino agli inizi del XVII, le leggi fondamentali compaiono, anche se restano per lo più sullo sfondo, nella letteratura politica di stampo aristotelico, che si occupa dell'arte di governo, e in quella giuridica, impegnata ad interpretare il diritto e consigliare la prassi alla luce della *iuris prudentia*. Sarà soltanto in una fase successiva, con la conseguita autonomia dello *ius publicum*, che le leggi fondamentali diverranno il criterio giuridico risolutivo di ogni conflitto che riguardi la costituzione dell'impero. In questo sta il loro carattere giuspubblicistico.

Tanto la letteratura politica quanto quella giuspubblicistica estendono l'ambito di competenza delle leggi fondamentali dell'impero, sia pur in modo diverso. È un dato significativo per la nostra analisi che vari autori del XVII e XVIII secolo prendano a designare come *leges fundamentales* i contratti di epoca medievale tra imperatore e ceti o tra imperatore e pontefice, benché a quel tempo il concetto di «legge fondamentale» non esistesse ancora. La definizione di un ordinamento sovrano attraverso una contrattazione fra le parti coinvolte ha un ruolo chiave nello *ius publicum* dell'impero, poiché in un patto formalizzato attraverso leggi imperiali fondamentali si intravvedeva lo strumento più sicuro per l'affermazione di un vincolo giuridico. Senza dubbio il ricorso a questo concetto di «leggi imperiali fondamentali» ricondotto all'alto medioevo, nel corso del XVIII secolo, era molto discutibile; esso servì tuttavia alla costituzione di un diritto pubblico (*Öffentliches Recht*) connotato appunto come *ius publicum*. Fra le leggi imperiali fondamentali la fonte di diritto più importante fu la *Bolla d'oro* di Carlo IV (1356), considerata dalla giuspubblicistica del XVIII secolo la più importante linea di continuità con lo *ius publicum* medievale. La produzione normativa in costante aumento in età moderna, pubblicata nelle raccolte di leggi imperiali fondamentali, testimonia un bisogno crescente di ordine nel Sacro Romano Impero della Nazione Germanica e chiarisce le ragioni per cui furono inserite nel corpo dello *ius publicum* come leggi fondamentali dell'impero anche fonti normative medievali.

*Traduzione di Lucia Bianchin*

# Kaiserliche und ständische Positionen im Ius publicum des Reiches

von *Dieter Wyduckel*

## I. Rechtsbegriffliche und rechtssystematische Voraussetzungen

Folgt man einschlägigen Definitionen, so gilt als Öffentliches Recht dasjenige Recht, das auf den öffentlichen Status des Gemeinwesens oder des Staates bezogen ist und/oder öffentliche Angelegenheiten oder Interessen betrifft. Im ersteren Fall wird Öffentliches Recht auch als Sonderrecht des Staates bezeichnet, im zweiten Fall in Abgrenzung zum Privatrecht, das die Rechtsbeziehungen der Einzelnen regelt, als das dem allgemeinen Nutzen oder Wohl zugeordnete Recht[1]. Damit ist das weite Feld der Definitionen und Definitionsversuche keineswegs erschöpft, doch mag dies für die hier verfolgten Zwecke zunächst genügen.

Einer der Väter des Ius publicum, der Jenaer Jurist Dominicus Arumaeus, macht gleich zu Beginn seiner umfassenden *Discursus de jure publico* deutlich, was vom Gegenstand her unter Öffentlichem Recht zu verstehen sein könnte, indem er die *Discursus* mit einer Abhandlung über den Status des Reichs eröffnet. Das war eine seinerzeit hoch umstrittene Frage, die umso drängender geworden war, seit Jean Bodin in seinen 1576 erschienenen *Six livres de la République* das Reich aufgrund seiner Struktur und den Vorgaben der von ihm vertretenen Souveränitätslehre entsprechend als «Aristokratie» verortet hatte[2]. Arumaeus widerspricht dieser staatstheoretischen Einordnung entschieden, indem er das Reich als Monarchie bezeichnet, gleichwohl aber nicht in Abrede stellt, dass der Kaiser als Haupt des Reichs zugleich politisch-rechtlichen Beschränkungen unterliegt und unterliegen könne, die sich nicht zuletzt der Existenz von

[1] Chr. Degenhart, *Staatsrecht I*, Heidelberg 2007[23], Rn. 6; H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2009[17], Rn. 7 ff.

[2] Lateinisch 1586 unter dem Titel *De Republica libri sex*, hier benutzt in der 3. Aufl. Frankfurt a.M. 1594.

Ständen verdanken, ohne dass dabei der monarchische Charakter des Reichs in Zweifel gezogen werden müsste[3].

Damit ist eine der zentralen Fragen des sich ausbildenden Ius publicum aufgeworfen, die zugleich auf unterschiedliche Positionierungen zielt, je nachdem, ob man die kaiserliche oder die ständische Position im Blick hat. Es geht dabei allgemeiner gesagt zum einen um ein begriffliches oder klassifikatorisches Problem, zum anderen um ein solches von Macht und Herrschaftsgewalt, ihre Begründung und Begrenzung oder um Macht und Machtverteilung. Das Ius publicum stellt dabei gleichsam den Reflektionsrahmen dar, in dem die anstehenden Rechts- und Machtfragen diskutierbar werden. Es ist hierbei nicht das Ius publicum allein, das den Takt vorgibt, sondern parallel und begleitend auch die *scientia politica,* also die Politiklehre. Die disziplinären Grenzen verschwimmen mitunter, nicht zuletzt deshalb, weil die wissenschaftlichen Akteure der Zeit i.d.R. zugleich Juristen und Politiklehrer sind. Es sei angemerkt, dass die im Entstehen begriffene Disziplin des Ius publicum z.T. einen schweren Stand hatte, weil ihren Vertretern vorgeworfen werden konnte und vorgeworfen wurde, sie mischten sich in einer ihnen nicht zustehenden Weise in Fragen der *arcana Imperii*, d.h. die geheimen Interna des Reichs ein.

Will man das Ganze zeitlich näher bestimmen und eingrenzen, so lässt sich sagen, dass die betreffenden Fragen – auch im Zeichen zunehmender politischer und konfessioneller Konflikte – um die Wende vom 16. und 17. Jahrhundert verstärkt erörtert werden und in den ersten Jahrzehnten des 17. Jahrhunderts bereits in systematischer Form und unter dem Titel des Ius publicum in Erscheinung treten.

## II. Bodin, die Souveränitätslehre und die Folgen für das Ius publicum des Reiches

Die Souveränitätslehre Bodins, insbesondere die Bestimmung der Souveränität als einer absoluten Gewalt (*absoluta potestas*)[4] forderte nicht nur die zeitgenössischen Lehren von Staat und Recht heraus, sondern hatte auch politische Konsequenzen. Schien es doch möglich, im Zeichen der

[3] Dominicus Arumaeus, *Num Status Imperii hodierni sit Monarchicus vel Aristocraticus aut mixtus*, in ders., *Discursus de jure publico*, Bd. 1, Jena 1615, S. 1 ff.

[4] Jean Bodin, *De Republica libri sex* (zuerst 1576), hier benutzt in der Ausgabe Frankfurt 1594, lib. I, cap. 8. Siehe zu Bodin und zum vielschichtigen Paradigma der Souveränität D. Quaglioni, *La sovrainità*, Roma 2004, insbesondere S. 45 ff.

Souveränität Bürger- und Konfessionskriegen entgegenzuwirken und die politische und rechtliche Ordnung kraft einer steuernden und regelnden zentralen Herrschaftsgewalt zu befrieden. Aber nicht nur das: Bodin hatte seine Souveränitätslehre zugleich mit einer Staatslehre verbunden, die die Zuordnung der Souveränität als absoluter Herrschaftsgewalt nur 'einmal', nämlich beim Herrscher zuließ und in Übernahme und Zuspitzung der aristotelischen Staatslehre darüber hinaus ausschließlich «reine» Staatsformen als legitim betrachtete, also jegliche Mischung ausschloss, was darauf hinauslief, die Souveränität nur 'einem' Träger und zwar ohne jegliche Teilung zuzuerkennen[5]. Was das Reich anging, stellte sich mithin in erster Linie die Frage, welche Instanz Träger der Herrschaftsgewalt war – für Bodin die Reichsstände, also die Aristokratie – mit der notwendigen Folge, dass aus seiner Sicht das Reich nicht dem monarchischen, sondern dem aristokratischen Status zuzuordnen war. Dies wiederum zwang zu Beweislasten, die außerhalb Frankreichs, also im Reich, zur Aufbietung eines erheblichen begrifflich-theoretischen Arsenals, aber auch zu gedanklichen «Verrenkungen» nötigten, weil man einerseits durchaus bereit schien, der Souveränitätslehre zu folgen, andererseits zugleich dem Status des Reichs, wie er sich nun einmal darstellte, gerecht werden wollte.

Bodin hat – mit erheblichem Selbstbewusstsein ausgestattet, wie es bei Wissenschaftlern nicht eben selten ist – sehr wohl gesehen oder doch geahnt, welcher Wurf ihm da gelungen ist. So wird verständlich oder doch erklärbar, dass er im Überschwang der Entdeckerfreude meinte, dass niemand vor ihm die Souveränität auf den Begriff gebracht habe[6]. Mit einem gewissen Wohlwollen ihm gegenüber mag das auch angehen. Inzwischen sieht man freilich deutlicher, dass seine Souveränitätsbegrifflichkeit durchaus auch von der spätmittelalterlichen legistischen und kanonistischen Tradition lebt, die freilich in den *Sex libri* in den Hintergrund tritt mit der Folge, dass sein Entdeckerruhm umso heller erstrahlen kann. Doch scheint Bodin sich in seinen Frühschriften eher tastend und in konventioneller Weise an die Souveränität herangewagt zu haben. Dies zeigt schon der Titel einer kleinen Schrift *De imperio et jurisdictione*, die freilich nicht erhalten ist. Ob Bodin auf dem Totenbett wirklich die Anweisung erteilt hat, seine Frühschriften zu vernichten (vermutet wird: um seinen Nachruhm nicht zu gefährden), ist umstritten[7]. Immerhin zeigt

[5] JEAN BODIN, *De Republica*, lib. II, c. 1.

[6] *Ibidem*, lib. I c. 8.

[7] Die Vermutung geht auf J. MOREAU-REIBEL, *Jean Bodin et le droit public comparé dans ses rapports avec la philosophie de l'histoire*, Paris 1933, S. 24, Anm. 1, zurück.

der Titel der genannten Frühschrift, dass er sich in jungen Jahren mit der einschlägigen Legistik befasst hat, die ihm ebenso wie die hier thematische Kanonistik geläufig sein musste, der Souveränitätsbegriff Bodin also keineswegs gleichsam aus dem Himmel in den Schoß gefallen sein kann.

Ungeachtet dieser genetischen Fragen ist der Erfolg der Souveränitätsbegrifflichkeit freilich unbestreitbar. Damit kommt zugleich eine Debatte in Gang, die das Ius publicum wesentlich befruchtet und ihm in kritischer Auseinandersetzung den Weg bereitet hat. Doch ist die Lehre Bodins im Reich keineswegs schlechthin übernommen worden, sondern hat durchaus auch entschiedenen Widerspruch erfahren, vor allem durch seinen jüngeren Zeitgenossen Johannes Althusius, dessen *Politica* etwa zweiundeinhalb Jahrzehnte nach den *De Republica libri sex* erschienen ist. Schon im Vorwort zur ersten Auflage macht Althusius deutlich, dass er zur Lehre Bodins in grundsätzlichem Widerspruch steht. Ihn kümmere das Gerede Bodins nicht – «Non curo clamores Bodini»[8] – um dann die genau entgegengesetzte Auffassung zu vertreten: dass die höchste Gewalt eben nicht dem Herrscher, sondern dem Reich oder der Gesamtheit zustehe mit der Folge, dass der Herrscher nicht Eigentümer, sondern Verwalter oder Statthalter der sich daraus ergebenden Rechte sei[9]. Auch wenn Althusius damit weitaus weniger Gehör gefunden hat als Bodin, war dessen Souveränitätslehre doch der Kampf angesagt und damit eine Debatte eröffnet, die das Ius publicum des Reichs nicht unbeeinflusst lassen sollte.

## III. Das Ius publicum und seine Genese

### 1. *Der Streit um die Geltungsgrundlagen des Ius publicum*

Eine im Entstehen begriffene Disziplin, vor allem des Rechts, muss sich ihrer Geltungsgrundlagen versichern, um Bestand zu haben. Das Ius publicum war vor dem Hintergrund der Rezeption des römischen Rechts anders als das Ius civile in besonderer Weise darauf angewiesen, seine Geltungsgrundlagen benennen und nachweisen zu können. Dabei stellten sich die öffentlichrechtlichen Verhältnisse als weitaus schwieriger dar als die zivilrechtlichen. Dies ergab sich schon aus dem Wandel der politischen und rechtlichen Gegebenheiten, vor allem aber daraus, dass

8 Johannes Althusius, *Politica Methodice digesta atque exemplis sacris et profanis illustrata*, Herborn 1603, Praefatio, fol. 4r.

9 *Ibidem.*

der behauptete ideelle und praktisch-politische Zusammenhang zwischen dem Imperium Romanum und dem Heiligen Römisch-Deutschen Reich angesichts gewandelter Verhältnisse nicht mehr unmittelbar einleuchtete und seine Überzeugungskraft zum erheblichen Teil eingebüßt hatte. Dies ließ sich nicht zuletzt an der spätmittelalterlichen Lehre von der Translatio Imperii ablesen, die im Gefolge von Humanismus und Reformation unter erheblichen Begründungsdruck geraten war.

Um die Wende vom 16. zum 17. Jahrhundert wird so die Frage nach der Geltung des römischen Rechts zum Streitpunkt der Auseinandersetzung zwischen Hermann Vultejus, Professor an der reformiert-calvinischen Universität Marburg einerseits, und Gottfried Antonius, Professor an der lutherischen Universität Gießen andererseits[10]. Im Zentrum steht die Frage, ob und inwieweit das römische Recht für die politisch-rechtlichen Verhältnisse des Reichs Geltung besitze. Vultejus erörtert die damit zusammenhängenden Fragen im Rahmen seines Codex-Kommentars, setzt also durchaus klassisch im Zusammenhang der Auslegung des Corpus Iuris an[11]. Brisant war allerdings das Vorwort, in dem Vultejus die Geltung des römischen Rechts für das Reich in Zweifel zog mit dem zentralen Argument, dass sich das Reich seiner Zeit grundsätzlich vom Imperium Romanum unterscheide. Damit wurde, ohne dass Vultejus dies ausdrücklich gesagt hatte, die Translationslehre unterlaufen und so die kaiserliche Macht- und Rechtsposition einer ihrer wichtigsten rechtlichen und politischen Stützen beraubt. Vor allem war damit die Fortgeltung der kaiserrechtlichen Formeln, insbesondere die des *Princeps legibus solutus* in Frage gestellt und ein Arkanum berührt, das nicht nur rechtlich, sondern auch politisch von höchster Bedeutung war. Das konnte im Reich nicht unbemerkt bleiben und rief Gottfried Antonius auf den Plan, der Vultejus scharf angriff und entschieden die Entbundenheit des Kaisers von den Gesetzen als weiterhin geltend verteidigte[12]. Der sich

[10] Siehe hierzu näher H. STEIGER, *Zur Kontroverse zwischen Hermann Vultejus und Gottfried Antonius aus der Perspektive der politischen Theorie des Johannes Althusius*, in K.-W. DAHM - W. KRAWIETZ - D. WYDUCKEL (Hrsg.), *Politische Theorie des Johannes Althusius*, Berlin 1988 (Rechtstheorie, Beiheft 7), S. 333 ff.; DERS., *Gottfried Antonius*, in *Die Deutsche Literatur*, Reihe II, Abt. A, Bd. 3, Stuttgart - Bad Canstatt 2001, S. 243 ff.; DERS., *Gottfried Antonius*, in H. CARL (Hrsg.), *Panorama 400 Jahre Universität Gießen. Akteure, Schauplätze, Erinnerungskultur*, Frankfurt.a.M. 2007, S. 34 ff., hier S. 37.

[11] HERMANN VULTEJUS, *Ad titulos Codicis, qui sunt de jurisdictione et foro competenti, Commentarius*, Frankfurt a.M. 1599.

[12] Vgl. besonders die *Disputatio apologetica de potestate Imperatoris legibus soluta, et hodierno Imperii status. Adversus Hermannum Vultejum* seines Schülers Christoph Kalt, Gießen 1608.

daraufhin anbahnende Gelehrtenstreit, der auch einen konfessionellen Hintergrund hat – reformierte gegen lutherische Universität –, wurde dann in mehreren Kontroversdisputationen ausgetragen[13], die sich vom eigentlichen Thema schließlich ganz entfernten, zudem auch persönliche Sensibilitäten berührten, weil Vultejus offenbar verstimmt darüber war, dass Antonius ihm nicht selbst antwortete, sondern dies seinen Schülern bzw. Doktoranden überließ. Dies mag hier aber auf sich beruhen.

Bedeutsam ist aber, dass die Vultejus-Antonius-Kontroverse den Auftakt für weitergehende Überlegungen bildete, also nicht bloß singulär war. Dabei bleibt die Rechtsquellenfrage weiter zentral. Vor allem aber gewinnt das Ius publicum nun zunehmend schärfere Konturen, die nicht zuletzt darin sichtbar werden, dass speziell diesem Rechtsgebiet gewidmete Werke erscheinen, die den Gegenstandsbereich schon im Titel ausweisen und damit auf eine charakteristisch veränderte Selbstwahrnehmung deuten[14]. Wenn dieser Umstand jedoch zum Anlass genommen wird, genau hier den Beginn des Ius publicum als einer juristischen Fachdisziplin zu verorten, so darf darüber nicht vergessen werden, dass die Ursprünge und Grundlagen eines sich in spezifischer Weise als öffentlich verstehenden Rechts sehr viel weiter zurückreichen. Es heißt nicht von ungefähr, dass die Eule der Minerva ihren Flug in der Abenddämmerung beginnt[15]. Man kann, wenn man dem folgt, etwas erst dann auf den Begriff bringen, wenn es selbst schon eine mehr oder minder lange Geschichte hat. Das heißt, auf den vorliegenden Zusammenhang bezogen: in die Genese des Ius publicum ist einzubringen, was in der spätmittelalterlichen Legistik, Kanonistik und Reichspublizistik erarbeitet worden ist, will man die Bedingungen der Möglichkeit eines öffentlichen Rechts richtig einschätzen. Ich brauche das in diesem Kreis nicht eigens zu betonen[16], weiß allerdings um die charakteristisch professorale Eigenart – ich nehme mich da selbst nicht aus – etwas erst dann für existent zu halten, wenn es sich schriftgelegt in gelehrten Büchern manifestiert.

[13] Siehe hierzu H. Steiger, *Zur Kontroverse*, S. 334 f.

[14] M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 1: *Reichspublizistik und Policeywissenschaft*, München 1988, S. 48.

[15] F. Kern, *Recht und Verfassung im Mittelalter*, Darmstadt 1958², S. 8.

[16] G. Dilcher - D. Quaglioni (Hrsg.), *Gli inizi del diritto pubblico, 2. Da Federico I a Federico II / Die Anfänge des öffentlichen Rechts, 2. Von Friedrich Barbarossa zu Friedrich II.* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Contributi/Beitraege, 21), Bologna- Berlin 2008.

Dabei ist wichtig, im genetischen Zusammenhang im Auge zu behalten, dass das als *ius commune* erneuerte römische Recht nicht mit der – erst später ausgebildeten – Privatrechtswissenschaft identifiziert werden darf, sondern vielmehr einen übergreifenden rechtlichen Zusammenhang bildet, in dessen Rahmen sich die verschiedenen juristischen Teildisziplinen, darunter auch das Öffentliche Recht, erst nach und nach ausgebildet haben. Öffentliches und Privatrecht bedingen sich so entstehungs- und entwicklungsgeschichtlich einander, ohne dass die eine aus der anderen Disziplin schlechthin herleitbar wäre[17].

### 2. *Die Flexibilisierung des Souveränitätsdogmas in der Wittenberger und in der Jenaer Schule des Ius publicum*

Das Ius publicum ist, bereits in seiner Entstehungsphase, keine freischwebende oder abgehobene Lehre, sondern eng mit den politisch-rechtlichen Fragen der Zeit verbunden. Dabei spielen begreiflicherweise Interessen und Interessenkonflikte, aber auch Machtfragen eine Rolle, die sich nicht von ungefähr in den betreffenden Werken manifestieren, je nachdem ob es darum geht, die Macht des Herrschers, also des Kaisers und Königs, darzulegen und zu begründen, oder aber ihr Grenzen und Schranken aufzuzeigen.

Die beiden Positionen sind in der kaiserlichen Publizistik einerseits, der reichsständischen andererseits, in der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts ausgeformt worden. Dietrich Reinkingk, Hauptvertreter der ersteren Richtung und Nachfolger des Antonius in Gießen, knüpft in seinem 1619 erschienenen *Tractatus De regimine Saeculari et Ecclesiastico* an die Lehren seines Amtsvorgängers an mit dem Anspruch, einen kurzen und methodischen Abriss der hauptsächlichen Kontroversen über den Status des Heiligen Römischen Reichs der damaligen Zeit zu geben[18]. Dabei vertritt er wie Antonius die These, dass das Reich als ein römisches auf die Deutschen übertragen worden sei, und kann demzufolge schlüssig seinen öffentlichrechtlichen Überlegungen die kaiserrechtlichen Formeln und Maximen zugrunde legen. Reinkingk stützt sich aber nicht nur auf das

[17] Vgl. D. WYDUCKEL, *Ius Publicum. Grundlagen und Entwicklung des Öffentlichen Rechts und der deutschen Staatsrechtswissenschaft* (Schriften zum Öffentlichen Recht, 471), S. 151 f. mit weiteren Nachweisen.

[18] *De regimine saeculari et ecclesiastico. Exhibens brevem et methodicam juris publci delineationem ac praecipuarum controversiarum circa hodiernum Sacri Imperii Romani statum ac gubernationem*, Gießen 1619 u.o.

römische Recht, sondern zugleich auf die Souveränitätslehre Bodins, was insoweit schlüssig erscheinen musste, als die absolute Herrschaftsgewalt damit in doppelter Weise begründet werden konnte. Es ist Reinkingk zugute zu halten, dass er auch das 'reichsständische' Moment in seine Überlegungen einbezieht, weil er ein begrenztes Beratungs- und Mitwirkungsrecht der Stände zugesteht, jedoch – ebenso wie Bodin – von der absolut-monarchischen Herrschaftsgewalt nicht ablassen will. Das Ganze lief letztlich auf eine Stärkung der 'kaiserlichen' Position hinaus, die bis zum Prager Frieden 1635 durchaus im Bereich des Möglichen lag, konnte aber gleichwohl dem Status des Reichs und seiner Verfassungswirklichkeit nur unvollkommen gerecht werden.

Anders das reichsständische Ius publicum, wie es vor allem in der Jenaer und der damit eng zusammenhängenden Wittenberger Schule vertreten und entwickelt wurde. Für die Jenaer Schule stehen vor allem Dominicus Arumaeus, der schon genannt wurde, und Johannes Limnaeus, der selbst nicht an der Universität Jena tätig war, sondern in verschiedenen Diensten stand, diesem Kreis aber sachlich und thematisch zugehört. Von dem Wittenberger Rechtslehrern sind vor allem die Gebrüder Benedikt und Conrad Carpzov zu nennen, deren hier einschlägige Schriften Arumaeus in seine Sammlung der *Discursus de jure publico* aufnahm und von denen der Jüngere der beiden Brüder, Benedikt, als Leipziger Rechtslehrer und gelehrter Richter am Leipziger Schöppenstuhl, der bedeutendere ist[19].

Dem Kreis um Arumaeus und Limnaeus, wozu auch die Gebrüder Carpzov gehören, ist bewusst, dass der Zugang zum Ius publicum des Reiches zureichend nicht über die Rechtsquellen des römischen Kaiserrechts vermittelt werden kann. Sie legen deshalb dem Ius publicum Romano-Germanicum bewusst die einschlägigen deutschen Rechtsquellen zugrunde, allen voran die *Goldene Bulle*, die Wahlkapitulationen, die Reichsabschiede, Reichskammergerichtsentscheidungen, kurz: all das, was man unter dem Begriff der *leges fundamentales*, das sind die Reichsgrundgesetze, verstand. Nicht zu vergessen das Reichsherkommen, dem eine quasi-gesetzliche Geltungskraft zugeschrieben wurde[20].

Aber wie sollte all das mit der Souveränitätslehre vereinbar sein? Weder die Wittenberger noch die Jenaer Juristen wollten riskieren, dass die

[19] Vgl. D. WYDUCKEL, *Wittenberger Vertreter des Ius Publicum*, in H. LÜCK - H. DE WALL (Hrsg.), *Wittenberg. Ein Zentrum europäischer Rechtsgeschichte und Rechtskultur*, Köln 2006, S. 308 ff.

[20] B. ROECK, *Reichssystem und Reichsherkommen*, Stuttgart 1984 (Veröffentlichungen des Instituts für Europäische Geschichte Mainz, 112).

Majestas des Kaisers und damit auch seine Würde und Weihe Schaden nahm. So kam die – ursprünglich aus der Regalienlehre stammende[21] – Idee auf, den Souveränitätsbegriff zu flexibilisieren, indem man ihn funktional aufgliederte. Dabei wird, Benedikt Carpzov in seinem Kommentar zur Wahlkapitulation folgend, die Souveränität als *majestas duplex* gleichsam verdoppelt, der zufolge dem Kaiser die 'personale', den Reichsständen oder dem Reich aber die 'reale' Souveränität zukommen sollte[22]. Dabei ist die personale Souveränität der realen nachgeordnet, doch soll der Kaiser gleichwohl einen wirklichen Anteil daran haben. Das Reich ist mithin, anders als Bodin meinte, sehr wohl eine Monarchie, aber eine Monarchie unter rechtlichen Beschränkungen. Denn die personalen Herrschaftsbefugnisse sind rechtlich unterfangen, weil und insofern sie sich aus den Fundamentalgesetzen, genauer: dem bedeutsamsten Fundamentalgesetz, der Wahlkapitulation, ergeben. Dies ist nicht, wie man mitunter gemeint hat, eine geteilte, sondern vielmehr eine funktional 'gegliederte' Souveränität, die formal die strengen Anforderungen an den Souveränitätsbegriff erfüllte, ihn aber gleichwohl schöpferisch gestaltete und flexibilisierte. Eine Teilung der Souveränität wäre im Übrigen nach den Vorgaben Bodins ebenso wie nach denen des Althusius auch nicht zulässig, ja schlechthin ausgeschlossen gewesen, da der Souveränitätsbegriff zwingend und weithin einverständlich das Merkmal der Unteilbarkeit aufwies. Wohl aber schien eine flexible 'Gestaltung' des Souveränitätsbegriffs möglich. Dies hieß – bei Licht besehen – zur Deutung des Reichsstatus im Sinne eines *status mixtus*, d.h. eines aus monarchischen und aristokratischen Elementen gemischten Status', freilich neuer Art, zu gelangen. Dieser Status war

[21] Dazu D. WYDUCKEL, *«Jura regalia» und «Jus majestatis» im Alten Reich. Ein Beitrag zu den Entstehungs- und Entwicklungsbedingungen des Öffentlichen Rechts*, in G. DILCHER - D. QUAGLIONI (Hrsg.), *Gli inizi del diritto pubblico, 2 / Die Anfänge des öffentlichen Rechts, 2*, S. 363 ff.

[22] B. CARPZOV, *Commentarius in Legem regiam Germanorum sive capitulationem Imperatoriam juridico-historico-politicus vivam faciem status imperii Romano-Germanici moderni, veramque delineationem coadunatae et indivisae potestatis Caearis Augustissimi exhibens*, Leipzig 1640, hier zitiert nach der Aufl. Leipzig 1651. cap. XIII, sectio I, S. 868 Rn. 9; zuerst unter dem Titel *De capitulatione Caesarea sive de Lege regia Germanorum*, in DOMINICUS ARUMAEUS, *Discursuum academicorum de jure publico*, vol. IV, Jena 1623, Discursus 43, Bl. 253 r ff., cap. I, Bl. 272 v Rn. 25. Carpzov greift hier terminologisch einen Gedanken von Hermann Kirchner, Professor in Marburg auf, der in seiner *Respublica* (zuerst 1608) die *majestas* in dieser Weise unterschieden hatte. Vgl. D. WYDUCKEL, *Wittenberger Vertreter*, S. 312 f. mit weiteren Nachweisen. Siehe zur Souveränitätslehre Carpzovs auch R. HOKE, *Carpzov als Reichspublizist. Seine Souveränitätslehre*, in B. CARPZOV, *Neue Perspektiven zu einem umstrittenen sächsischen Juristen*, hrsg. von G. JEROUSCHEK u.a., Tübingen 2000, S. 265 ff.

nicht allein staats'theoretisch' hergeleitet, sondern staats'rechtlich' auf die Wahlkapitulation als einer *lex fundamentalis* des Reichs gegründet[23]. Carpzov bezieht sich in diesem Zusammenhang übrigens ausdrücklich auf Althusius, der der *lex fundamentalis* grundlegende Bedeutung für den Status des Reichs zugeschrieben hatte[24]. Dabei werden dem Kaiser, was seine Stellung, Würde und Weihe angeht, allerlei Kränze geflochten, doch war seine Stellung auf der Grundlage dieser Lehre rechtlich eine andere, nämlich organartige (*tanquam organum*) geworden, wie Johannes Limnaeus klarsichtig feststellt[25]. Dies bedeutete letztlich, freilich ohne es offen einzugestehen, den Kaiser auf einen Status zu verweisen, der reichsgrundgesetzlich umschrieben, also eben nicht absolut war.

## IV. Das Ius publicum als Verfassungsrecht des Reiches

Dass dem Alten Reich spätestens seit der Wende vom 16. zum Jahrhundert ein Ius publicum zugeschrieben werden kann, das rechtlich in engster Beziehung zu seinen grundlegenden Gesetzen, den *leges fundamentales* steht, dürfte nach allem außer Zweifel stehen (hinzuzufügen ist: sofern man die Genese des Ius publicum nicht allzu sehr zeitlich punktualisiert). Aber kann man dem Reich darüber hinaus auch eine «Verfassung» zusprechen? Hören wir, was der Jenaer Jurist und Historiker Friedrich Hortleder dazu sagt: Für ihn ist die Wahlkapitulation eine *lex regia*, genauer: das Königsgesetz der Deutschen[26]. Er greift damit auf die römischrechtliche Tradition zurück, aber in gänzlich anderer Weise, als dies die Reichspublizisten kaiserlicher Prägung getan hatten. Es geht ihm nämlich nicht in erster Linie um die Begründung, sondern die Begrenzung herrschaftlicher Gewalt.

[23] In diesem Sinne ausdrücklich auch LIMNAEUS, *Iuris publici Romano-Germanici*, t. I, cap. 10, Nr. 12.

[24] Vgl. B. CARPZOV, *De capitulatione Caesarea*, cap. I Rn. 8, fol. 258v unter fast wörtlichem Bezug auf Kap. VI der *Politica* nach der 1. Aufl. von 1603, S. 58. Siehe auch – ohne dass Althusius ausdrücklich genannt würde – *ibidem*, fol. 273r Rn. [25]. Das Althusius-Zitat findet sich auch in der 2. Aufl. des Kommentars, cap. I, sectio IV, S. 23 Rn. 9.

[25] JOHANNES LIMNAEUS, *Iuris publici Romano-Germanici Additionum ad priores*, t. II, Additiones ad lib, I, c. 12, S. 189.

[26] FRIEDRICH HORTLEDER, *Decades quatuor Excerptarum ex Sleidano*, in DOMINICUS ARUMAEUS, *Discursus academici de jure publico*, vol. I, Jenae 1615, Discursus Nr. 26, S. 738-756 (740) Nr. 6: Capitulatio, nihil aliud, nisi Lex Germanorum regia est.

Dazu ist ein Blick auf den Kontext und die Herkunft der Lex-regia-Argumentation, man kann auch sagen: des Lex-regia-Modells, erforderlich und weiterführend. Es geht um die auf den spätklassischen römischen Juristen Ulpian zurückgeführte Digestenstelle «Quod principi placuit legis habet vigorem»[27], der zufolge die Rechtsetzungsmacht dem Princeps, also dem Kaiser zukommt. Diese Kompetenzzuweisung ist schon für sich genommen bedeutsam und später – in der mittelalterlichen Legistik und Publizistik vielfach diskutiert und ausgelegt worden. Wir wissen nicht, was diese *lex regia* im Einzelnen enthielt, ja ob und in welcher Form es sie überhaupt gegeben hat (was durchaus in Zweifel gezogen wird)[28], wichtig und außerordentlich bedeutsam ist im vorliegenden Zusammenhang aber, dass man es offenbar für nötig hielt, die erteilte Rechtsetzungsmacht nicht nur zuzuweisen, sondern gleichsam auf einer zweiten Ebene, der des Königsgesetzes, zu legitimieren. Damit wird ein außerordentlich folgenreiches rechtliches Modell für die Rekonstruktion wie Legitimation von Macht und Herrschaft in den politisch-rechtlichen Diskurs eingeführt, das zwei charakteristische Merkmale aufweist und miteinander verbindet: Zum einen die Vorstellung und ausdrückliche Benennung einer legitimierenden höheren rechtlichen Norm, nämlich die des Königsgesetzes, zum anderen den damit verbundenen und zugleich inhaltlich darauf gestützten Herrschaftstransfer unter Angabe der Herkunft und Herleitung der herrscherlichen Macht. Mehr beiläufig zugestanden wird hierbei, dass die Herrschaftsgewalt ursprünglich beim Volk liege oder doch gelegen habe.

Der Übertragungsvorgang oder Übertragungsakt selbst wird dabei nicht näher erläutert. So blieb unklar oder doch unausgeführt, ob nach der besagten *lex regia* das Volk abdikativ-endgültig auf seine – im Übrigen unbestrittene – ursprüngliche Macht verzichtet habe oder ob es nicht doch begleitende rechtliche Bedingungen oder Einschränkungen gebe, an die der Übertragungsakt geknüpft sei oder geknüpft sein solle. Aber auch, wenn diese Frage offen bleibt, so wird doch eine Grundkonstellation vor Augen geführt, nach der Macht und Herrschaft nicht einfach als selbstverständlich rechtlich gegeben erscheinen, sondern auf einer gleichsam zweiten Ebene einer rechtsförmigen Begründungs- und Legitimationspflicht unterworfen werden. Darin wie in dem rechtlichen Übertragungsakt kann

[27] *Dig.* 1.4.1. Siehe auch *Inst.* 1.2.6

[28] Siehe allerdings die als Fragment erhaltene *Lex de imperio Vespasiani.* Dazu D. WYDUCKEL, *Princeps Legibus Solutus. Eine Untersuchung zur frühmodernen Rechts- und Staatslehre* (Schriften zur Verfassungsgeschichte, 30), Berlin 1979, S. 49 f.

man in der Tat ein frühes konstitutionelles Moment sehen, das in seiner Bedeutung und Folgewirkung kaum zu überschätzen ist[29].

In der spätmittelalterlichen Legistik ist die *lex-regia*-Stelle vielfach kommentiert worden, wobei allerdings nicht der Übertragungsakt selbst, sondern die übertragenen Kompetenzen, insbesondere die Rechtsetzungsmacht, im Vordergrund stehen[30]. Anders die englische Sichtweise und Deutung der römischrechtlichen Überlieferung der *lex regia*. Es ist vor allem der englische Jurist Henry de Bracton, der um die Mitte des 13. Jahrhunderts der *lex-regia*-Formel eine neue Wendung gibt. Bracton – mit dem römischen Recht durchaus vertraut –, spitzt den hier interessierenden Aspekt der *lex regia* zu, indem er – ganz im Sinne des englischen *Law of the Land* – das Gesetz dem König voranstellt und darauf hinweist, dass es das «Gesetz» sei, das den König zu dem mache, was er ist: «Lex facit regem!»[31]. Oder mit anderen Worten, ebenfalls auf die Lex regia gestützt: der König vermag nur das, was er «rechtlich» kann: «quod de jure potest»[32]. Die einschlägige wissenschaftliche Diskussion hat die *lex-regia*-Stelle vor allem im Hinblick auf die Bindung bzw. Nichtbindung des Königs an das Recht gesehen und gedeutet und mit Grund auf innere Widersprüche in der Argumentation Bractons aufmerksam gemacht[33]. Dabei ist in den Hintergrund getreten, dass es noch um mehr und anderes geht, nämlich eine die rechtliche und politische Stellung des Königs im Ganzen bestimmende wie legitimierende Grundkonstellation. Das Verhältnis von Herrscher und Recht wird im Zeichen einer zugleich ermächtigenden und einsetzenden *lex regia* nämlich in ein neues Licht gesetzt und erhält so gleichsam einen rechtsbegründenden konstitutionel-

[29] K. LOEWENSTEIN, *The Governance of Rome*, The Hague 1973, S. 271 ff., hier S. 273. Siehe auch C.H. MCILWAIN, *Constitutionalism Ancient and Modern*, Ithaca NY 1940, rev. ed. 1947, S. 57.

[30] Siehe aber ACCURSIUS, Gl. zu *Cod.* 1,14,4 – *Digna vox* – unter unmittelbarer Bezugnahme auf die *lex regia*, *Corpus Iuris Civilis Iustininianei*, ed. Lyon 1627, ND Osnabrück 1966, t. IV, Sp. 217.

[31] H. DE BRACTON, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, ed. T. TWISS, 6 Bde., London 1878-1883, hier lib. 1, c. 8 (Bd. 1, S. 38 f.); siehe hierzu E. LEWIS, *King above Law? «Quod principi placuit»*, in «Speculum», 39, 1964, S. 240 ff.; B. TIERNEY, *Bracton on Government*, in «Speculum», 38, 1963, S. 295 ff. Siehe auch K. PENNINGTON, *The Prince and the Law, 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, Berkeley CA 1993, S. 91 ff., jedoch ohne den hier interessierenden *Lex-regia*-Zusammenhang.

[32] Unter ausdrücklicher Berufung auf die *lex regia*. Vgl. H. DE BRACTON, *De Legibus*, lib. 3, c. 9 (Bd. 2, S. 172 ff.). Dazu E. LEWIS, *King above Law?*, S. 240.

[33] Vgl. z.B. B. TIERNEY, *Bracton on Government*, S. 300, 305.

len Sinn[34]. Bracton lässt am Ende offen, was die englische *lex regia* sei oder sein könne. Vermutungen, ihm habe der englische Krönungseid vor Augen gestanden, passen schon inhaltlich nicht zu den entsprechenden Ausführungen Bractons selbst[35] und lassen sich zudem schwerlich mit dem Rechtssystem seiner Zeit vereinbaren. Anzunehmen ist eher, dass ihm nicht ein genau bestimmtes Gesetz, sondern ein «set of legal rules and customs» vorschwebte, das herrschereinsetzende Funktion hat und von daher dem jeweiligen Herrscher rechtlich notwendigerweise vorausliegt.

Eben dieser rechtliche Zusammenhang wird dann – allerdings ohne Rekurs auf Bracton und das englische Recht – in der sich entfaltenden Diskussion des frühen Ius publicum im Reich thematisch. Auch Hortleder hatte ihn vor Augen, wenn er – formal die römischrechtliche Terminologie aufnehmend, inhaltlich aber an die Reichstradition anknüpfend – die Wahlkapitulation als *lex Regia Germanorum* begriff. Es beginnt nun eine nicht mehr nur kommentarmäßige, sondern monographische Behandlung der *lex-regia*-Thematik. Die Wahlkapitulation als Inbegriff der *lex regia* rückt so ins Zentrum des Ius publicum und wird zum zentralen Ort und Inbegriff von Beschränkungen, die dem Kaiser und König im Zusammenhang mit seiner Einsetzung und Wahl auferlegt werden. Damit wird zugleich eine «Diskursebene» eröffnet, die Probleme der Herrschaftsbegründung und -begrenzung artikuliert und nicht nur auf einzelne Berechtigungen und Kompetenzzuordnungen zielt, sondern deren Begründung und Legitimation auf einer gleichsam zweiten Ebene anvisiert, die reichsgrundgesetzlichen oder verfassungsrechtlichen Charakter hat.

Nach der Mitte des 17. Jahrhunderts fließen dann auch die Worte Verfassung, Staats-Verfassung oder Reichs-Verfassung, – freilich noch wenig spezifisch – häufiger in den Diskurs ein und wird das Bestreben deutlich, das Ius publicum oder den öffentlichen Zustand des Reichs in ein System zu bringen, indem man die diesbezüglichen öffentlichen Rechte sachgemäß ordnete, d.h. nicht nur punktuell erörterte. Auf der Rechtsquellenebene manifestiert sich dieses Bestreben zunehmend darin, die Wahlkapitulation ihres situativen, auf den jeweiligen Herrscherwechsel bezogenen Charakters zu entkleiden, um sie in Form einer *capitulatio perpetua* auf Dauer zu stellen und für alle künftigen Wahlen verpflichtend zu machen. Es geht m.a.W. darum, einen Rechtszustand «in Verfassung zu stellen und darinnen beständig [zu] erhalten», wie dies der Entwurf einer bestän-

[34] Vgl. *ibidem*, S. 316 f., der hier bei aller Skepsis erste Schritte eines längeren konstitutionellen Weges sieht.

[35] Kritisch E. Lewis, *King above Law?*, S. 242, 257.

digen Wahlkapitulation von 1711 in seinem Art. XII, freilich nur ein Teilproblem, die Reichskreise und die Kreisordnung betreffend, fordert[36].

Wenn auch aus der Beständigen Wahlkapitulation am Ende kein Reichtagsschluss, also keine formelle *lex Imperii publica* geworden ist. so wurde sie doch praktisch prägend, vor allem aber Ausdruck eines Denkens und Handelns, das für den Übergang von einem personalen Herrschaftsverständnis zu einer personunabhängigen Ordnungskonzeption steht, die mit Geltungsanspruch für alle Herrscherwechsel und die in diesem Zusammenhang sich typischer Weise stellenden politisch-rechtlichen Fragen auftritt, d.h. Maßstäbe erfüllt, wie sie an Verfassungen gerichtet werden und zu richten sind.

## V. Epilog: Entwicklung des Ius publicum und der Reichsverfassung auf der Grundlage des Westfälischen Friedens

Obwohl der Westfälische Frieden keine Neuordnung in dem Sinne darstellt, als dass das Reich eine völlig andere Struktur erhalten hätte, wird doch schon durch die Umstände des Friedensschlusses selbst und seine Rahmenbedingungen eine veränderte Gesamtlage geschaffen, die auch die Bekräftigung bereits bestehender rechtlicher und politischer Verhältnisse in einen neuen Kontext einrücken lässt[37]. Als außerordentlich folgenreich erwies sich, dass nunmehr auf ein schriftlich fixiertes Dokument verwiesen werden konnte, das eine Reihe lange umstrittener reichsverfassungsrechtlicher Fragen auf eine positivrechtliche Grundlage stellte und damit rational diskutierbar machte.

Zu den für das Reich wohl bedeutsamsten Regelungen des Vertragsinstruments gehört neben der religiösen Befriedung die ausdrückliche rechtliche Anerkennung der reichsständischen Landeshoheit, des *jus territorii et superioritatis*[38]. Es war freilich längst Teil des Reichsherkommens, das

[36] Entwurf einer beständigen Wahlkapitulation vom 8. Juli 1711, in K. Zeumer, *Quellensammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit*, Tübingen 1913², S. 474 ff., hier S. 483.

[37] Siehe zur verfassungsgeschichtlichen Einordnung des Friedens G. Schmidt, *Der Westfälische Frieden – eine neue Ordnung für das Alte Reich?*, in *Wendemarken der deutschen Verfassungsgeschichte*, Berlin 1993 (Beihefte zu «Der Staat», 10), S. 45 ff.; D. Wyduckel, *Reichsverfassung und Reichspublizistik vor den institutionellen Herausforderungen des Westfälischen Friedens*, in Kl. Bussmann - H. Schilling (Hrsg.), *1648 – Krieg und Frieden in Europa. Politik, Religion, Recht und Gesellschaft*, Münster 1998, Textbd. 1, S. 77 ff.

[38] *Instrumentum Pacis Osnabrugense*, Art. V, § 30.

insoweit nur formell bestätigt wird. Eine Souveränität im Sinne der *majestas* Bodins war damit nicht gemeint. Doch werden die Reichsstände rechtlich und politisch aufgewertet, umso mehr, wenn man das in Art. VIII § 2 zuerkannte Bündnisrecht mit Auswärtigen in Betracht zieht[39]. Das Reich war fortan aufgrund der den Reichsständen eingeräumten Mitwirkungsrechte in Reichsangelegenheiten als absolute Monarchie politisch-rechtlich kaum mehr vorstellbar, sondern bildete vielmehr eine komplex gegliederte politische Ordnung, in der hierarchische und ständisch-föderative sowie territoriale Momente eine enge Verbindung eingingen. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Reichsstände in die Friedensverhandlungen einbezogen waren. Zugleich wurde damit der Reichstag institutionell aufgewertet, der als ständisches Repräsentationsorgan nunmehr in allen grundlegenden Fragen des Reichs mitzuentscheiden hatte und seit 1663 in Permanenz tagt[40].

Für die Reichspublizistik hatte dies zur Folge, dass die zentralen Machtfragen nun zunehmend zu Rechtsfragen wurden, die im Rahmen des Ius publicum ausgetragen werden konnten, wie es sich auf der Geltungsgrundlage des Westfälischen Friedens darstellte. Dies gefiel nicht jedem, vor allem denen nicht, die sich eine stärkere Position des Kaisers vorgestellt hatten und deshalb einen *status mixtus* des Reichs grundsätzlich ablehnten. Hierzu zählt namentlich der bedeutende sächsische Jurist Samuel von Pufendorf, der das Reich in seiner berühmt gewordenen Reichsverfassungsschrift als monströs – «monstro simile» – bezeichnet hatte[41]. Auch wenn seinerzeit die Monstrosität nicht so negativ anmutete, wie man meinen könnte und Pufendorf seine Aussage später auch abschwächte, so bleibt doch ein Unwerturteil, das seinen Grund in der Bewertung des Reichs – den Regelungen des Westfälischen Friedens folgend – gleichsam als einer Irregularität oder gar einer 'Fehlkonstruktion' hat. In der Tat hegt Pufendorf durchaus Sympathien für die ganz andere Staatsform des zeitgenössischen absolutistischen Frankreich und sind ihm zudem hobbes'sche Anwandlungen durchaus nicht fremd[42].

[39] *Instrumentum Pacis Osnabrugense*, Art. VIII, § 2.

[40] Zur Bedeutung des Reichstags nach dem Westfälischen Frieden siehe A. SCHINDLING, *Die Anfänge des Immerwährenden Reichstags zu Regensburg*, Mainz 1991, insbesondere S. 6.

[41] SAMUEL VON PUFENDORF, *Die Verfassung des deutschen Reiches*, hrsg. und übers. vom H. DENZER, Frankfurt a.M. 1994, Kap. VI, § 9, zuerst lateinisch unter dem Pseudonym SEVERINUS DE MONZAMBANO 1667.

[42] D. WYDUCKEL, *Reichsverfassung und Reichspublizistik*, S. 80 f.

Im Reich sind nach allem kaiserliche und reichsständische Positionen weiter im Streit, doch ist es – verglichen mit den Auseinandersetzungen der ersten Hälfte des Jahrhunderts – ein eher mattes Flügelschlagen, das die Debatten zwischen Cäsarianern und Fürstenerianern kennzeichnet. Der hochangesehene Leibniz streift fast die Karikatur, wenn er in seiner Schrift *De jure suprematus* – ungeachtet allen gelehrten Ernstes – die braunschweigisch-lüneburgischen Interessen unter dem Pseudonym eines «Caesarinus Fuerstenerius» vertritt[43].

Das Ius publicum und seine in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts aufkommende reflektierende Theorie – das Ius publicum universale – treten nun zunehmend auseinander, wobei Ersteres in Form des Staatsrechts im Laufe des 18. Jahrhunderts in immer umfangreicheren Werken – Johann Jakob Moser[44] – oder systematisch angeleitet – Johann Stephan Pütter[45] – den Ist-Status repräsentiert, während Letzteres zusehends stärker unter den Einfluss vernunftgemäß-rationalen Denkens gerät und auch kritische Töne erkennen lässt. Zur angemessenen Erfassung der doppelt-ständestaatlichen Struktur des Reiches ist es auf dieser Grundlage nicht mehr gekommen. Hegel hat dem Reich in seinem berühmt gewordenen Diktum bekanntlich das Existenzrecht abgesprochen[46]. Er denkt damit zugleich ein Reich zu Ende, das nicht einmal mehr als Monstrum vorstellbar erscheint.

All dies wird inzwischen im Abstand von mehr als zwei Jahrhunderten und angesichts neuer Herausforderungen kritisch überbedacht und neu gewichtet. Dabei sind die Grundstrukturen und institutionellen Leitideen des Reichs und seines Ius publicum – das Reich als Rechts- und Friedensordnung! – wieder stärker in den Blickpunkt gerückt. Es ist ebenso bedenkenswert wie aufschlussreich, dass all dies im Zeichen einer Neubewertung gerade derjenigen Strukturen des Reichs erfolgt, die einst zu seiner Verurteilung Anlass gegeben haben[47].

[43] Gottfried Wilhelm Leibniz, *De jure suprematus ac legationis principum Germaniae*, o.O. 1677, auch in Akad.-Ausg. IV/2, Berlin 1963, S. 3 ff. Zum gesandtschaftsrechtlichen Hintergrund siehe M. Stolleis, *Geschichte*, S. 236 f.

[44] Siehe sein *Teutsches Staats-Recht*, Nürnberg 1737-1754, in 50 Teilen nebst Zusätzen und Hauptregister.

[45] *Institutiones iuris publici*, Göttingen 1770, 1802[6].

[46] Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Die Verfassung Deutschlands*, in ders., *Politische Schriften*, Frankfurt a.M. 1966, S. 23 ff., hier S. 23, 29.

[47] Vgl. D. Wyduckel, *Das Alte Reich – Modell europäischer Gemeinschaftsbildung?* in «Wissenschaftliche Zeitschrift der Technischen Universität Dresden», 48, 1999, 4, S. 13 ff.

*Résumé*

LA POSIZIONE IMPERIALE E QUELLA CETUALE NELLO «IUS PUBLICUM» DELL'IMPERO

Questo contributo esamina uno dei problemi centrali del diritto pubblico nel Sacro Romano Impero: un problema che ha influenzato a lungo il dibattito giuridico-politico tedesco, orientandolo a una contestazione del concetto di sovranità di Bodin. Peraltro, dibattito giuridico-politico e costruzione dello *ius publicum* procedono con evidenza di pari passo: lo *ius publicum* rappresenta, al tempo stesso, un *tòpos* del dibattito giuridico e la cornice entro la quale quel dibattito si svolge.

Nella concezione bodiniana dello Stato, per «sovranità» doveva intendersi quel potere assoluto e indivisibile che poteva riconoscersi soltanto a *un* preciso soggetto, cioè al sovrano, in quanto rappresentante dello Stato. Posto che Bodin, recuperando ed estremizzando la dottrina aristotelica dello Stato, considerava legittime solo forme di Stato «pure», escludendo quindi ogni forma di costituzione mista, la sovranità diventava il carattere distintivo della statualità. Il concetto di sovranità che emergeva dalla dottrina bodiniana era modellato sul caso della Francia, una monarchia sostanzialmente assoluta, e si dimostrò per questa ragione non facilmente trasponibile nel Sacro Romano Impero, con la sua complessa struttura monarchico-cetuale.

Non per nulla nell'impero la posizione imperiale e quella cetuale si trovavano in aperto contrasto. Mentre gli esponenti dell'orientamento imperiale – e in prima fila Dietrich Reinkingk, professore all'università di Giessen – traevano ampiamente spunto da Bodin e dalla sua concezione della sovranità, i sostenitori della posizione cetuale cercarono di dare alla sovranità una forma più flessibile, per giungere a una soluzione giuridica che fosse più adatta alla peculiare struttura dell'impero. In particolare i giuristi delle scuole di diritto pubblico di Jena e di Wittenberg – fra cui Dominicus Arumaeus, Johannes Limnaeus e i fratelli Carpzov – ebbero un ruolo fondamentale nell'ideazione e nella sistemazione concettuale di una nozione di sovranità adatta all'impero e alla sua struttura politico-giuridica. Fu proposto uno sdoppiamento del concetto di sovranità, che rappresentasse una sovranità articolata in modo differenziato, così da tener conto da un lato delle esigenze imperiali e reali, ma dall'altra anche di quelle aristocratico-cetuali. Entro questo nuovo schema la sovranità non si presentava più come un potere assoluto, ma come un potere sovrano giuridicamente delimitato, che rispondeva alla complessa realtà dell'impero e alla sua peculiare articolazione.

Vennero a questo punto in primo piano le questioni del fondamento del potere sovrano e della sua limitazione; questioni che furono ampiamente dibattute alla luce delle leggi fondamentali e tradizionali dell'impero, dalla *Bolla d'oro* di Carlo IV alle capitolazioni elettorali, le leggi imperiali e le sentenze della Corte camerale imperiale: insomma, di ogni fonte giuridica che definisse l'impero nell'insieme e nelle sue parti. Il Sacro Romano Impero ne emerse come un ordinamento monarchico articolato in modo complesso e giuridicamente delimitato, del quale lo *ius publicum* definì poco a poco la struttura costituzionale, che trovò compiuta espressione verso la metà del XVII secolo nella Pace di Vestfalia. Sotto un profilo sostanziale e metodologico, ci si richiamava alla *lex Regia* di tradizione romanistica, che fu identificata con la *capitulatio caesarea* e fu assunta a fondamento giuridico per antonomasia della delimitazione del potere sovrano.

Ciò contribuì a sua volta a un approfondimento del dibattito giuridico e politico intorno ai problemi dell'origine e della delimitazione del potere sovrano: non si trattava solo di redigere un elenco di diritti e prerogative, ma anche di esaminarne il fondamento e la legittimazione, operando allo stesso tempo su un piano ulteriore, quello delle leggi fondamentali dell'impero, ovvero del diritto costituzionale imperiale. Tutto questo non avvenne in modo pacifico, dando luogo anzi a fieri contrasti. Samuel Pufendorf, giurista imperiale e filosofo del diritto, che si ispirava alla Francia e alla sua forma di Stato, arrivò a definire la costituzione imperiale dopo la Pace di Vestfalia null'altro che un «Monstrum», per la sua enorme struttura complessa e articolata in ceti. In realtà, a una spiegazione compiuta del «dualismo costituzionale» costituito da Stato e ceti imperiali su queste basi non si è mai pervenuti. E, com'è noto, lo stesso Hegel, in un motto divenuto celebre, negò al Sacro Romano Impero il diritto di esistere: egli aveva ormai davanti agli occhi un impero al tramonto, che non era più immaginabile neppure come mostro.

*Traduzione di Lucia Bianchin*

# Una sensibilità nuova per il «ius inter gentes»: la riflessione di Genovesi

di *Italo Birocchi*

## I. «IUS GENTIUM» – «IUS INTER GENTES»

Non è difficile trovare nella dottrina italiana – sin da quella tardomedievale – contributi rilevanti su tematiche che oggi definiremmo di diritto internazionale: si tratti di aspetti riguardanti l'estensione della giurisdizione sul mare e in particolare della sovranità sul mare chiuso[1], la liceità della guerra, la confederazione tra principi o ancora la condizione dei legati e dei militari e il loro rapporto col principe. Ma le problematiche erano analizzate sotto l'angolazione del *ius gentium* o, se si preferisce, del diritto comune nella versione particolare italiana. Inoltre erano fortemente permeate o di preoccupazioni etico-religiose, specialmente nel caso del problema della guerra, autentico perno delle discussioni, data l'ottica canonistica sotto cui la questione del *bellum iustum* era affrontata, oppure di interessi politici, allorquando il loro esame derivava da una commissione di parte, a cui il giurista rispondeva attraverso *consilia* o trattati[2]. Interventi capaci anche

[1] È il problema della sovranità di Venezia e di Genova, rispettivamente sul mare Adriatico e sul mar Ligure.

[2] È il caso del *consilium* di Raffaele Fulgosio e di Raffaele Raimondi, studiato e edito da U. PETRONIO, *Venezia, Ancona e l'Adriatico in un consiglio di Raffaele Fulgosio e Raffaele Raimondi da Como*, in *Scritti in onore di Dante Gaeta*, Milano 1984, pp. 521-557. Quanto ai trattati, e sempre per restare al problema della sovranità di Venezia, basti citare quello di Tommaso Diplovataccio (edito da U. PETRONIO, *«Civitas Venetiarum est edificata in mari»*, in *Studi veneti offerti a Gaetano Cozzi*, Venezia 1992, pp. 179-185) e di GIULIO PACE, *De dominio maris Hadriatici disceptatio*, Vincenti, Lugduni, 1619 (quest'ultimo, scritto strumentalmente in vista della sua chiamata a Padova, è ora ripubblicato insieme a quello di P. Sarpi in G. AQUAVIVA - T. SCOVAZZI (edd), *Il dominio di Venezia sul mare Adriatico nelle opere di Paolo Sarpi e Giulio Pace*, Milano 2007); sulla sovranità di Genova sul mar Ligure il pensiero va al *De Dominio Serenissimae Genuensis Reipublicae in Mari Ligustico* (1641) di Borghi, studiato da R. SAVELLI, *Un seguace italiano di Selden: Pietro Battista Borghi*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 3, 1973, pp. 15-76. Per gli altri temi accennati nel testo v. i diversi trattati pubblicati nella famosa raccolta veneziana del 1584, XVI (cfr. G. COLLI, *Per una bibliografia dei trattati giuridici pubblicati nel XVI secolo. Indici dei «Tractatus universi iuris»*, Milano 1994, pp. 162-167).

di proporre contributi meditati e significativi, ma è un fatto che c'era poco spazio per opere scritte *ex professo*[3]. Così, era difficile che i libri prodotti su un tema classico quale la libertà dei mari potessero sfuggire all'accusa di essere «capziosi», come rilevava brutalmente, nell'età della ragion di Stato, il conte-duca Olivares, certo a sua volta parte in causa[4].

Ci offre un altro indizio il De Luca, il quale, in pagine peraltro molto importanti, si occupò sì della tematica degli ambasciatori, ma la sua attenzione principale era attirata da un problema interno che lo impegnò negli ultimi anni dell'attività, da uditore di Innocenzo XI: era la questione dell'immunità, che il giurista venosino affrontava con riferimento al potere del principe. Nella sua riflessione in prima fila non entrava in gioco un interesse per le prerogative del corpo diplomatico e per i rapporti tra Stati; questi ultimi, anzi, erano ricondotti essenzialmente all'ambito della politica e specificamente alle relazioni di forza tra gli Stati, poco importando sia le norme del diritto romano apprestate per situazioni del tutto diverse, sia il diritto 'ideale' disegnato dai giusnaturalisti moderni. Il tema della condizione giuridica degli ambasciatori veniva bensì in considerazione come aspetto di un problema pratico e interno allo Stato pontificio: porre rimedio all'uso invalso di estendere a dismisura le immunità, che dava luogo a situazioni di fatto incompatibili con la sovranità del pontefice[5].

[3] Con ciò non si vuol in generale sopravvalutare le opere di indirizzo sistematico rispetto a quelle di impronta pragmatica. Ma specialmente quando queste ultime trasferivano l'argomento fattuale nel diritto, fatalmente ci si trovava di fronte a posizioni tacciate di essere politiche e non giuridiche (è la critica che muoverà il contraddittore dell'opera del Borghi sopra segnalata, Graswinckel: il quale se la prendeva con il Borghi nell'impossibilità, in quel frangente, di attaccare il ben più rilevante bersaglio rappresentato dall'opera di Selden. Si veda R. SAVELLI, *Un seguace italiano*, cit., pp. 61-67 in particolare pp. 64-65.

[4] *Ibidem*, pp. 20-21 riporta il brano della lettera dell'Olivares (19 dicembre 1637), scritta in relazione a una controversia scaturita a seguito dell'affondamento, nei pressi di Diano, di una nave olandese e della cattura di altre nove da parte di una squadra navale spagnola: tutti i bastimenti erano diretti a Genova.

[5] Il giurista venosino applicava soluzioni del tutto coerenti con la sua concezione della sovranità del principe, contro le frammentazioni particolaristiche; pure coerente con le sue idee sul diritto comune era l'affermazione che solo la *leguleica simplicitas* poteva pensare di ricavare dal *ius civile romanorum* la disciplina dei rapporti tra gli Stati, a cominciare da quella riguardante la rappresentanza diplomatica: secondo la sua visione disincantata e realistica, la materia era decisa dalla prudenza e non dal diritto, ovvero da usi determinati essenzialmente dalla potenza degli Stati e, mediatamente, dagli equilibri politici (le posizioni del giurista, maggiormente articolate in vari inediti, sono sintetizzate in G.B. DE LUCA, *Relatio Romanae Curiae forensis*, in G.B. DE LUCA, *Theatrum veritatis et justitiae*, lib. XV, pars II, disc. XLV, Venetiis, apud P. Balleonium, 1706, pp. 153-155). Queste considerazioni sul pensiero del De Luca si sono avvalse delle ricerche di Ersilia

Nel complesso, dunque, fu abbastanza tardi che in Italia le questioni internazionalistiche trapassarono a un'ottica di diritto *inter gentes*[6]. Per infirmare quanto ora detto non vale ricordare l'opera di Gentili, autore di due trattati specifici su materie che classicamente sono alla base del diritto internazionale (il *De legationibus*, 1585, e il *De iure belli*, 1598), e di un lavoro – i *Libri duo Hispanicae advocationis* (1613) – da annoverare nell'ambito della prima giurisprudenza internazionalistica moderna; infatti, per quanto si tratti di scritti in cui il giurista di S. Ginesio riversò anche la propria formazione italiana, appartengono a un ambiente politico-culturale lontano da quello che si respirava nella penisola e sono comunque il frutto di una 'svolta', come lo stesso Gentili ebbe a riconoscere, che si nutrì della lettura di Machiavelli e di altri autori della ragion di Stato e che si realizzò nell'attività del giurista dopo l'arrivo in Inghilterra, nel clima intellettuale del regno di Elisabetta[7].

Insomma, emerge l'immagine di una dottrina italiana autorevole su singole questioni, ma complessivamente sprovvista di forza propulsiva riguardo ai grandi problemi della costruzione del diritto *inter gentes*. Ed è anche quanto a prima vista ci si aspetta, data la debolezza degli Stati italiani, per lo più privi di autonomia nei rapporti esterni, impegnati a giocare tra una politica di equilibrio e di espansione provinciale e animati del resto da esigenze assai variegate[8]; basterebbe pensare a quanto distanti

Fabbricatore, condotte anche sugli scritti inediti del cardinale e liberalmente comunicatemi: a lei va il mio ringraziamento.

6 Cfr. P. COMANDUCCI, *Settecento conservatore: Lampredi e il diritto naturale*, Milano 1981, pp. 46-47.

7 Fino a pochi decenni fa, vigeva una curiosa dicotomia nello studio dell'opera di Gentili: la letteratura straniera se ne occupava essenzialmente per gli aspetti internazionalistici, mentre quella italiana era prevalentemente interessata ai *De juris interpretibus dialogi*; nell'ultimo trentennio, a partire dai meritori lavori di Panizza, questa incomunicabilità è stata del tutto superata. L'intera messe di ricerche svoltesi recentemente sull'opera del giurista italiano mostra comunque il senso della svolta, che avvenne in terra britannica e che non riguardò solo l'ambito internazionalistico. Maggiori riferimenti (anche con l'indicazione della storiografia che è stata protagonista del rinnovamento degli studi) in I. BIROCCHI, *Il De jure belli e l'«invenzione» del diritto internazionale*, in L. LACCHÈ (ed), *«Ius gentium ius communicationis ius belli». Alberico Gentili e gli orizzonti della modernità*, Milano 2009, pp. 101-138.

8 Molte suggestioni sui nessi tra crescita della forma-Stato, politica di guerra e sviluppo del diritto internazionale in Europa nei saggi raccolti in O. ASBACH - P. SCHRÖDER (edd), *War, the State and International Law in Seventeenth-Century Europe*, Farnham 2010: in nessuno dei saggi che compongono il testo è fatta menzione dell'esperienza o della dottrina italiana (a parte, ovviamente, Gentili). Purtroppo si deve rilevare la generale ignoranza delle fonti originali in latino da parte della letteratura anglosassone.

fossero le preoccupazioni e gli obiettivi dello Stato pontificio rispetto a quelli della Repubblica di Venezia. Propriamente, tuttavia, il riferimento alla debolezza degli Stati italiani è incapace di dar conto del livello e delle propensioni della dottrina, sia per la rilevata diversità di atteggiamenti degli Stati stessi, sia perché il diritto è in primo luogo una espressione culturale, che non deriva meccanicamente dalla forza di un apparato o dalle modalità di gestione del potere. E infatti a spiegare il ruolo defilato, quasi silenzioso, della dottrina sui temi internazionalistici vale molto di più ricordare che nessuno spazio era riservato nelle Università all'insegnamento del diritto pubblico e del diritto naturale, addirittura fino al Settecento avanzato[9]. Che la dottrina italiana offrisse al più materia di riflessione e magari soluzioni su casi e problemi, ma non l'ossatura per l'impostazione delle questioni internazionalistiche che si aprivano nelle relazioni tra gli Stati moderni è attestato dalle rassegne storiche in cui solitamente si cimentarono i costruttori della disciplina del diritto *inter gentes*: a parte Gentili, nessuna opera e nessun nome di giurista italiano figurano quali punti di riferimento in tali rassegne. Né, in generale, si trattava di storie delineate con un occhio particolaristico o interessato solo a visioni nazionali, giacché si parla qui di autori cosmopoliti come Grozio e Pufendorf.

In effetti è solo agli inizi del Settecento che le cose sembrano cambiare e tuttavia fino all'opera di Genovesi in Italia non fu prospettato alcun sistema laico di diceosina[10], tanto meno per quanto riguarda la specifica branca del *ius inter gentes*. E del resto, a conferma, poco dopo giungeva la testimonianza di Giovanni Maria Lampredi, che nell'affresco storico contenuto nelle pagine iniziali dei *Theoremata* non faceva parola di alcuna opera significativa maturata in ambiente italiano[11].

[9] Si allude alla mancanza di cattedre specifiche di diritto pubblico e delle genti: ovviamente il diritto naturale era insegnato nei corsi di etica, secondo l'impianto della morale cattolica. Sul punto, per una sintesi recente, si veda I. BIROCCHI, *L'insegnamento del diritto pubblico nelle Università italiane nel XVIII secolo*, in J. KRYNEN - M. STOLLEIS (edd), *Science politique et droit public dans les facultés de droit européennes (XIIIe-XVIIIe siècle)*, Frankfurt a.M. 2008, pp. 549-581.

[10] Per usare un'espressione cara all'abate salernitano.

[11] G.M. LAMPREDI, *Juris publici universalis sive juris naturae et gentium Theoremata*, I-III, Pisis, excud. Pieraccinius, 1782 (I ed. 1776-1778), I, proem., § 3, pp. 21-35. Usa prudenza N. GUASTI, *Un caso editoriale: la «Diceosina» di Antonio Genovesi*, in A. GENOVESI, *Della Diceosina o sia della filosofia del giusto e dell'onesto*, introduzione e testo a cura di N. GUASTI, Venezia 2008, p. XXIV quando si limita ad affermare che la *Diceosina* «è una delle prime sintesi italiane del moderno giusnaturalismo».

## II. L'interesse settecentesco per il diritto pubblico e delle genti

La svolta che si registra in Italia a seguito della guerra di successione spagnola porta con sé un nuovo interesse per il diritto pubblico 'internazionale'. Sul rinnovato scenario istituzionale ebbero modo di intrecciarsi tendenze giuridico-culturali già in atto sullo scorcio del secolo precedente.

A Napoli, con gli austriaci, il Regno sembra fare 'autocoscienza', con un ripensamento critico dei rapporti con la Spagna. In linea di continuità con orientamenti culturali per la verità sempre vivi ma, in precedenza, minoritari, si adottò come chiave interpretativa per la rivisitazione della storia patria il giurisdizionalismo, espressione di una concezione forte incentrata sull'autonomia dell'ordinamento del Regno. In proposito l'opera emblematica è quella di Giannone, autentico coagulo di forze intellettuali interessate a una riforma civile a partire dalla ridefinizione del ruolo dello Stato.

Nel Granducato di Toscana, oggetto di «grandi manovre» per la prevista estinzione della discendenza in linea maschile della casa dei Medici, l'impulso a cercare soluzioni che permettessero in qualche modo la continuità spiega la penetrazione delle opere pubblicistiche e il fiorire di una memorialistica ufficiale sui fondamenti dell'ordinamento. È in questo contesto che matura la decisione di istituire la cattedra di diritto pubblico nell'ateneo pisano, la prima in Italia (1726). Le figure emblematiche sono Averani, il caposcuola, e Neri Badia, nonché il figlio di questi, Pompeo Neri, assegnatario della menzionata cattedra.

Nello Stato sabaudo, ingranditosi con l'acquisizione del Regno di Sicilia, poi scambiato con il Regno di Sardegna, era la stessa condizione di una monarchia con territori ampliati a sottolineare la discontinuità dei fondamenti pubblicistici, ora evidentemente riposanti sulla convenzione tra le potenze. Da qui il naturale maturare di nuovi interessi in materia di diritto pubblico, ulteriormente acuiti dal mancato riconoscimento della sovranità da parte della Chiesa, che d'altra parte si innestava sugli annosi problemi della Legazia apostolica in Sicilia, passati a Vittorio Amedeo II negli anni successivi alla pace di Utrecht.

Complessivamente la scienza giuridica andò sprovincializzandosi e, almeno negli ambienti sensibili alle riforme, assunse un'impronta neoumanistica. Da qui un processo circolare di reciproco rafforzamento tra un indirizzo giuridico che aveva nei suoi geni il marcato interesse per il diritto pubblico (da Bauduin a Bodin, a Vultejus, fino ai recenti esponenti della Scuola elegante, come Huber, mentre già si profilava l'opera del geniale

Bynckershoek) e la cultura di governo, a Torino come a Milano, a Firenze come a Napoli[12].

Nella prima metà del secolo, tuttavia, per quanto riguarda il tema che qui interessa gli esiti furono modesti. A Napoli la reazione compresse la proposta giannoniana e con i Borboni la cultura pubblicistico-giusnaturalistica vide il prevalere della visione moderata del Tanucci, che anzi fu applicata nell'insegnamento del diritto pubblico in forme particolarmente conservatrici dal professore che vi fu preposto[13]. In Toscana fallì il tentativo di perpetuare l'indipendenza dello Stato e la stessa cattedra di diritto naturale e pubblico verrà presto sospesa. A Torino prevalse la cultura del fedele magistrato che si occupava dei rapporti con gli altri Stati in stretta dipendenza con le esigenze della monarchia, fosse chiamato a negoziare un trattato o un concordato; mentre, per esplicito divieto di Vittorio Amedeo, nessun insegnamento di diritto pubblico e naturale fu introdotto nel curriculum di studio, si ebbero solo rinomati negoziatori e responsabili degli esteri come il Mellarède e il d'Ormea[14].

## III. La svolta del secondo Settecento

Le cose cambiano decisamente nel secondo Settecento, allorché nella cultura giuridica emersero e interagirono tra loro alcuni aspetti nuovi, che in sintesi possono essere individuati così:

– il tramonto dell'indirizzo teso a desumere il diritto naturale dal diritto romano. Se questa è ancora l'impostazione di titolari di cattedre di diritto naturale e pubblico come Cirillo, a Napoli, e come De Mays, a Pavia, tuttavia ora dominano Grozio e Pufendorf, letto con Barbeyrac e tradotto e adattato in italiano. Sulla scia di questi classici, come si vedrà di qui a poco, hanno grande fortuna le opere che, espressione soprattutto della

[12] È emblematica la figura di Gravina, formatosi a Napoli, poi attivo a Roma in una fase che sembrava aperta a un certo clima di riforma, alla fine chiamato da Vittorio Amedeo a Torino proprio come nume tutelare del programma di rinnovamento politico e culturale in atto (si preparava la riforma dell'Università). Ed è noto che le opere a cui è legata la fama del giurista calabrese sono una di impronta storica (le *Origines iuris civilis*) e l'altra pubblicistica (il *De imperio*).

[13] Si allude alla cattedra tenuta dal Cirillo. Un'impronta angusta e sostanzialmente conservatrice prevalse anche in un centro come Pavia, in cui fu stabilita la cattedra di diritto naturale nel 1738 (fu attribuita a De Mays).

[14] D. Frigo, *Principe, ambasciatori e «ius gentium». L'amministrazione della politica estera nel Piemonte del Settecento*, Roma 1991.

cultura tedesco-olandese, ne rinnovarono l'insegnamento. Inoltre circola, e viene puntualmente utilizzata, una dottrina specializzata in materia di *ius inter gentes*, come quella di Bynckershoek, il cui straodinario successo, tutt'altro che dovuto al mito olandese, risiede nella capacità di coniugare la formazione umanistica con l'osservazione pratica, derivandone soluzioni moderne e ragionevoli;

– l'affermazione del concetto di «patria», come casa degli antenati, in cui ci si riconosce. Era un riconoscimento presentato come spontaneo, ma in realtà derivava da una costruzione culturale, come tutti i processi identitari; e tuttavia la spontaneità alludeva a una costruzione profilata dal basso, come senso comune di una collettività dotata di una storia e di proprie leggi, che si confrontava con le altre patrie. Tante diverse patrie, la cui esistenza postulava le regole del vivere insieme;

– la diffusione di una visione decisamente cosmopolita e utilitaristica, incentrata sulla considerazione dei diritti e del bene pubblico. Attorno a questi perni le dottrine contrattualiste subirono una metamorfosi esprimendosi in un costituzionalismo di nuovo conio, in cui ebbe una parte pregnante anche il risvolto internazionalistico dei diritti[15].

Le direttrici in cui complessivamente questa cultura si espresse non furono affatto univoche, assumendo connotazioni che ponevano l'accento ora sulle virtù repubblicane, ora sulle capacità propulsive e autoregolative degli individui e dei macrosoggetti statuali, ora sull'impulso centralizzato e razionale delle monarchie. E tuttavia si riscontra un terreno comune, definito dalla ricerca di un disegno ragionevole entro cui comprendere i rapporti fra i soggetti. Tra gli Stati predominava pragmaticamente la politica dell'equilibrio; ma il suo trionfo, di cui presero atto persino un autore che operava col metodo assiomatico-deduttivo come Wolff o un personaggio più realista e incline alla storia ma che pur sempre si sentiva un teorico come Vattel[16], inevitabilmente acutizzava il problema di come assoggettare al diritto la forza. Il discorso muoveva dal presente, utilizzava l'articolata gamma di soluzioni prospettate dalla dottrina giuspubblicistica sui singoli aspetti delle relazioni internazionali in tempo di pace – e qui si guardava soprattutto ai risvolti economici – e in tempo

[15] Quasi emblematicamente il progetto di costituzione per il Granducato di Toscana di Pietro Leopoldo (1782) esprime i capisaldi di un sistema giuridico interstatuale ispirato ai principi del rifiuto della guerra e di libera attività economica.

[16] E. JOUANNET, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris 1998, pp. 136-137.

di guerra, e però ambiva a individuare i fondamenti ragionevoli, ovvero le linee complessive di un sistema giuridico. Non era utopia, come invece talvolta un disdicevole pragmatismo ha bollato gli sforzi allora emergenti, a meno di confondere con l'utopia quella astrazione dal contingente che invece dovrebbe caratterizzare qualunque sistema giuridico ragionevole.

Di certo, del *ius inter gentes* – ormai alle soglie della nuova denominazione benthamiana di *international law* – si occupava adesso una dottrina non necessariamente accademica, e non necessariamente di formazione giuridica; una dottrina variegata e interessata alle molteplici facce del nuovo costituzionalismo[17]. È in questo quadro che negli anni Ottanta fiorì la discussione tra Ferdinando Galiani e Giovanni Maria Lampredi sul commercio dei popoli neutrali: come si vede, un illuminista capace di scrivere su tutto e un giurista, che discutevano di un tema specifico di diritto internazionale.

Ecco, si trattava di manifestazioni di una sensibilità nuova che, al di là delle soluzioni propugnate, comprendeva anche l'interesse per i fondamenti teoretici dei problemi: da individuare ed esporre secondo un piano ordinato. Ed è abbastanza scontato che per soddisfare tale esigenza si guardasse essenzialmente alla cultura tedesca, che vantava una lunga tradizione accademica e una supremazia culturale indiscussa; tanto più che essa offriva due aggiornati manuali – ne erano autori Heineccius e Wolff – a cui era agevole attingere per l'inquadramento e la trattazione della materia pubblicistica e in particolare di quella sezione del diritto delle genti che riguardava i rapporti esterni tra gli Stati: opere, infatti, dallo straordinario successo, essendone la diffusione spinta anche dal favore con cui erano considerate dagli ambienti governativi interessati alle riforme. Come opere di riferimento, specialmente nei circoli intellettuali non direttamente vincolati ai programmi universitari e ai testi manualistici imposti, si aggiungevano i *Due trattati* di Locke, di solito letti nella traduzione francese, e, recentissimo, i *Principes du droit politique* (1751) di Burlamaqui. Di lì a poco sarebbe poi stata pubblicata l'altrettanto fortunata opera di Vattel, per quanto circolante in un ambito più specialistico.

Non stupisce, a questo punto, che una impostazione generale della materia internazionale si trovi in un illuminista come Antonio Genovesi, che non si può dire immediatamente espressivo della cultura giuridica, ma che ad essa non era certo estraneo partecipandone per aspetti che più tardi

[17] A. TRAMPUS, *Storia del costituzionalismo italiano nell'età dei Lumi*, Roma - Bari 2009.

si sarebbero potuti ascrivere alla filosofia del diritto[18]. Qui si proporrà qualche considerazione sulle linee generali tratteggiate nella *Diceosina*: volgarizzazione del ben più elegante trattato *De jure et officiis ad usum tyronum*, apparso nel 1765, ma evidentemente considerata più efficace ai fini dell'illuministica missione educatrice.

## IV. Genovesi e la «Diceosina»

### 1. *Una prima impressione*

A prima vista il sapore della *Diceosina* sa di antico[19]. L'orizzonte giusnaturalistico si fondava sulla classica distinzione tra «utile» e «giusto» e la trattazione era tesa ad illustrare i principi di giustizia secondo i quali lo Stato può lecitamente operare nei rapporti interni e nei rapporti esterni. Nessuna concessione di riguardo per i profili dell'utilità, fossero questi declinati genericamente come «ragion di Stato» o più precisamente, per i rapporti tra gli Stati, come politica di equilibrio: profili – lo si è ricordato più sopra – che appena pochi anni prima erano stati accolti dalle pur prudenti opere di Wolff e di Vattel. Anche la tematizzazzione sa di antico, giacché le prerogative della sovranità verso l'esterno erano ridotte a tre: a) fare guerra (e pace); b) concludere alleanze; c) esercitare il diritto di ambascerie[20]. Il contentuto sembra rafforzare ulteriormente l'impressione: al centro della trattazione c'era infatti la «guerra giusta»[21].

In definitiva, l'impronta del *De jure belli ac pacis* di Grozio appare marcata, tanto più che l'importanza dell'opera del giurista olandese era esplicitamente dichiarata da Genovesi[22].

[18] A conforto si può citare il punto di vista di un giurista positivo, che dedicò tre saggi al pensiero politico, a quello giuridico e in particolare alla dottrina criminale dell'abate salernitano, tutti poi raccolti in A. Del Giudice, *Prolusioni - Studi - Conferenze*, Napoli 1931, pp. 151-241, sul punto in particolare p. 215.

[19] Sull'impianto della *Diceosina* si veda M.T. Marcialis, *Legge di natura e calcolo della ragione nell'ultimo Genovesi*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 24, 1994, pp. 315-340 e N. Guasti, *Un caso editoriale*, cit. L'opera solo in parte fu pubblicata dall'autore (1766); il resto uscì postumo in due momenti diversi (1771 e 1777).

[20] A. Genovesi, *Della Diceosina*, cit., III, lib. II, cap. VIII, § 1, p. 375.

[21] Qualche linea descrittiva offre A. Del Giudice, *Prolusioni - Studi - Conferenze*, cit., pp. 206 ss.

[22] «Ugon Grozio, il primo che si studiasse di darci un sistema di Diceosina ...»; A. Genovesi, *Della Diceosina*, cit., II, lib. II, cap. XIX, § 5, p. 270.

Ma non c'è solo Grozio. È noto che l'abate salernitano leggeva molto e si aggiornava, combinando eclatticamente vecchio e nuovo, comprendendo in quest'ultimo suggestioni del pensiero politico inglese e dei *philosophes*; come si vedrà, inoltre, aveva un possesso misurato ma certo meditato della dottrina giuridica del tempo. E infatti, se Grozio suggeriva lo schema di massima, l'universalismo dei diritti accolto da Genovesi assumeva una funzione molto più netta e articolata: era il perno che legittimava gli Stati, nati per soddisfare le esigenze universali dell'uomo nelle condizioni date in cui viveva ciascuna società civile, e che nel contempo dettava loro le regole anche nei rapporti esterni, interstatuali. Molto più che in Grozio – e tipico invece della cultura illuministica – il giusnaturalismo di Genovesi si imperniava sulla dialettica tra i bisogni della società civile e lo Stato come strumento di tali bisogni. E allora, se c'è un punto di riferimento ravvicinato – non certo un calco da riprodurre, data la difformità di vedute entro le correnti giusnaturaliste e la permeabilità del professore salernitano a tante suggestioni diverse – questo è offerto dalla tradizione che muove da Grozio e Pufendorf e che si coagula a metà del secolo nel Burlamaqui dei *Principes du droit politique*, di per sé mai citato[23]: ed è una conferma della ricollocazione della dottrina italiana in ambito europeo. Ma procediamo con ordine.

## 2. *La guerra*

Per Genovesi lo Stato doveva avere il monopolio dell'uso della forza, all'interno e all'esterno. Secondo la vocazione che, specialmente da Hobbes in poi, accompagnava le teorie giusnaturalistiche, l'orizzonte del dover essere tracciato dall'illuminista salernitano faceva spazio ai compiti dello Stato, legando in un nesso indissolubile cittadini e istituzioni. Da subito, pertanto, il problema della guerra giusta, che sembrava ricalcare impostazioni antiche, si rivelava privo di alcuna connotazione teologica: si trattava di individuare i limiti giuridici entro i quali lo Stato poteva muovere guerra.

Per definire tali limiti l'abate salernitano utilizzava le nozioni di diritto perfetto e imperfetto che indicavano un diritto (*facultas*) coercibile e, rispettivamente, una qualità morale (*aptitudo*) incoercibile; erano concetti

[23] J.J. Burlamaqui, *Principes du droit politique*, Amsterdam, chez Z. Chatelain, 1751, II, rist. anast. Caen 1984; di seguito verranno sottolineati i concetti che Genovesi può aver tratto da Burlamaqui. Si può notare, comunque, che nella *Diceosina* non vengono mai citati neanche Wolff e Vattel.

derivanti dalla tradizione groziano-pufendorfiana da ultimo ripresa da Wolff e, con un impiego in parte nuovo, Vattel[24].

Per Genovesi, la guerra era legittima solo in tre ipotesi, derivanti dalla violazione di un diritto *perfetto*: 1. per difesa; 2. per assicurare un risarcimento per l'aggressione a un proprio diritto; 3. per punire un torto subìto[25].

Era legittima, inoltre, anche per la violazione di un diritto *imperfetto*, ma solo in due casi: a) per soddisfare un bisogno vitale, che non poteva essere altrimenti realizzato (ad esempio, per procurarsi viveri, allorché non si avessero risorse finanziarie per acquistarli, né credito per farseli donare o mutuare); b) per soccorrere altri popoli il cui diritto fosse stato gravemente leso, sia che si fosse legati da un patto di alleanza, sia che non ci fosse alcun rapporto di assistenza. Queste due ultime ipotesi erano anche complessivamente ricomprese in una sorta di diritto di soccorso, a favore di sé o di terzi[26], il cui fondamento risiedeva in una considerazione della socialità umana allargata agli Stati: l'esigenza di umanità doveva permeare anche i comportamenti degli Stati e implicava o, in certi casi, addirittura imponeva la necessità di tenere azioni virtuose a vantaggio di altri (omissive, come quella di tollerare il passaggio di truppe straniere, che altrimenti non potessero operare a difesa legittima di un diritto, o anche commissive). Si tratta comunque di ipotesi in cui il rimedio della guerra doveva essere esercitato con particolare prudenza[27]: Genovesi era ben cosciente che sotto il richiamo ai doveri di umanità nella pratica politica agivano quasi sempre gli interessi di parte. E nella sua teorizzazzione non

[24] Per la tradizione che, in tema di obbligazione perfetta e imperfetta, muove da Grozio e arriva fino a Wolff e Vattel si vedano E. JOUANNET, *Emer de Vattel*, cit., pp. 151 ss. e F. MANCUSO, *Diritto, Stato, sovranità: il pensiero politico-giuridico di Emer De Vattel tra assolutismo e rivoluzione*, Napoli 2002 [ma 2003], pp. 72 e 81 ss.

[25] A. GENOVESI, *Della Diceosina*, cit., III, lib. II, cap. VIII, § 10 e 12, pp. 378-379, ribadito anche *ibidem*, § 22, p. 383; cfr. Ch. WOLFF, *Institutiones juris naturae et gentium* (1750), Venetiis, apud N. Pezzana, 1761, § 80, p. 27 e J.J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, cit., II, IV parte, cap. II, §§ IV e X, pp. 16 e 18.

[26] A. GENOVESI, *Della Diceosina*, cit., III, lib. II, cap. VIII, §§ 13-18, pp. 379-381.

[27] *Ibidem*, § 18, p. 381. Per la distinzione generale tra diritto perfetto e imperfetto si veda *ibidem*, I, lib. I, cap. III, § 10, p. 47: «Tra' diritti della nostra natura non si vuol mettere solo quello di esser sicuro delle sue proprietà, che dicesi *diritto perfetto*; ma quello altresì di esser l'uomo soccorso dall'altro uomo ne' suoi bisogni, quel *del reciproco soccorso*, il quale dicono *diritto imperfetto* parendo, che non si possa forzar altri a prestarcelo». Cfr. J.J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, cit., II, IV parte, cap. II, §§ XV-XVI, pp. 20-21.

c'era alcuno spazio per la considerazione della ragion di Stato. Con una esplicita critica a Grozio, l'illuminista salernitano dichiarava senz'altro illegittime le ingerenze verso altri ordinamenti con la pseudogiustificazione dell'intervento umanitario o dell'intervento portato per il vantaggio dei popoli su cui si instaurava un dominio[28]. Era un'esplicita condanna delle politiche coloniali, che legittimavano le azioni di conquista e sfruttamento attraverso il richiamo ai benèfici vantaggi dell'esportazione della civiltà. Come è noto, l'immagine della contrapposizione tra barbarie e civiltà si ricavava dalla *Politica* di Aristotele, con le connesse conseguenze di legittimazione delle guerre portate dagli Stati 'civili'; ed essa è stata utilizzata in forme diverse dopo l'allargamento delle relazioni umane all'intero orbe, in età moderna e sostanzialmente a tutt'oggi[29]. Non stupisce, dunque, che ritornasse, ma solo per essere respinta, anche nell'opera di Genovesi.

Coerentemente il professore napoletano definiva gli ulteriori capisaldi della sua teorizzazione rifiutando in linea di principio la guerra preventiva[30] e ponendo il requisito della proporzionalità tra danno subito e reazione. Ma la guerra non era semplicemente un rimedio necessario per ripristinare un diritto: per i suoi effetti aveva una posizione speciale, come ultimo mezzo esperibile per riparare la situazione derivante dalla violazione del diritto[31].

Qui il contesto si allarga. Il problema della guerra rimanda infatti al sistema complessivo costruito da Genovesi e in particolare al ruolo dello Stato e alla concezione della patria.

### 3. *Lo Stato e la patria*

Quanto allo Stato, conviene evitare di fermarsi a impressioni frettolose, che, come già detto, porterebbero ad attribuire un sapore antico alle teorizzazioni genovesiane, di per sé alquanto eclettiche. Alla base della formazione dell'ente statuale vi era sì un patto, ma questo aveva come attori le famiglie e non gli individui, sicché sembrerebbe che l'autore della

[28] A. GENOVESI, *Della Diceosina*, cit., III, lib. II, cap. VIII, § 15, p. 380.

[29] «Colonizzazione è dunque civilizzazione»; P. COSTA, *Il fardello della civilizzazione. Metamorfosi della sovranità nella giuscolonialistica italiana*, in «Quaderni fiorentini», 33-34, 2004-2005, I, p. 173 e *passim*.

[30] Che reputa legittima solo se concorre la duplice presenza di *fatti* minacciosi che dimostrino la *malvagia volontà* di aggressione; A. GENOVESI, *Della Diceosina*, cit., II, lib. I, cap. XIII, § 5, p. 207.

[31] A. GENOVESI, *Della Diceosina*, cit., III, lib. II, cap. VIII, § 11, p. 378; II, lib. I, cap. XIV, § 8 nota b, p. 217.

*Diceosina* riproponesse il nucleo essenziale del giusnaturalismo antico, imperniato sulla famiglia come unità minima costitutiva dello Stato, a sua volta considerato come un ente naturalisticamente prodotto. Ma tutto ciò è in linea con l'orientamento pragmatico di Genovesi, non incline alle astrazioni e, in specie, a fondare la teoria dello Stato sull'ipotesi irreale e mitica del patto sociale[32]. Nella sua concezione il contratto era una catena di avvenimenti storici e di volta in volta la causa impulsiva poteva esserne o l'abilità di qualche persona o famiglia, capace di aggregare più nuclei, o la violenza[33].

Fin qui il risvolto storico, realistico e disincantato, in cui è facile trovare punti di contatto con Bodin. Ma c'era poi l'aspetto razionale, riguardante le finalità dello Stato e le regole che dovevano presiedere alla sua azione. Posto che l'uomo ha un *proprium*, che si manifesta all'esterno come un insieme di diritti naturali a lui inerenti[34], la società politica si costituisce per la tutela del patrimonio di diritti (*iussi*) di derivazione naturale, inalienabili, imprescrittibili facenti capo all'individuo[35] e uguali per tutti.

Il patto sociale costitutivo mirava dunque a conferire sicurezza ai diritti[36] e a tutelare l'uguale diritto di ciascun soggetto. Si noti: per Genovesi gli uomini sono individui diversi tra loro, quanto a qualità fisiche, ma sussiste una uguaglianza di diritto, perché uguale è «la facoltà di essere, di vivere, di cercare la felicità»[37].

Nonostante le apparenze, l'approdo della concezione era eminentemente razionale-utilitaristico, orientato individualisticamente e incentrato sui diritti dell'uomo e sull'uguaglianza giuridica[38].

[32] Come Vico e poi Pagano.

[33] «Quel parmi fuor d'ogni dubbio, che la massima parte de' corpi civili sia nata o per destrezza, e sapere di certe persone, le quali allettarono la sparsa moltitudine delle famiglie, e richiamandole ad una vita più dolce, ed umana, ne fecero de' corpi; o per violenza e timore le assoggettirono»; A. GENOVESI, *Della Diceosina*, cit., III, lib. II, cap. V, § 5, p. 351.

[34] *Ibidem*, I, lib. I, cap. III, §§ II-V, pp. 40-43.

[35] «Nella Repubblica tutta la forza del Governo è ipotecata al sostegno de' diritti d'ogni Cittadino», *ibidem*, II, lib. I, cap. XIII, § III, p. 205.

[36] *Ibidem*, III, lib. II, cap. I, § XIV, p. 328.

[37] *Ibidem*, I, lib. I, cap. III, § 8, p. 45. Sull'uguaglianza dei diritti 'ingeniti' l'autore torna più volte: ad esempio, I, lib. I, cap. VIII, § 1, p. 132; I, lib. I, cap. IX, § 1, p. 146; III, lib. II, cap. IX, § 16, p. 394.

[38] Come ben ha colto V. FERRONE, *Introduzione*, in A. GENOVESI, *Della Diceosina*, cit., p. VII; si veda anche N. GUASTI, *Un caso editoriale*, cit., pp. XXIII-XXIV.

Ora, il medesimo approdo doveva valere anche per quei soggetti morali che sono gli Stati, titolari degli stessi diritti e doveri propri della persona fisica[39]. S'intende che la condizione di eguaglianza è un dover essere, che in concreto si presenta come un obiettivo da raggiungere ed è comunque instabile perché minacciato continuamente da cause accessorie, date sia dalle passioni dell'uomo, sia dalle brame di espansione[40]. È la ragione, cioè la convenienza non momentanea, ovvero l'utile duraturo, che può ristabilire l'eguaglianza.

Accanto allo Stato c'è la patria, che è un luogo unitario di convivenza, non necessariamente omogeneo dal punto di vista etnico: come afferma Genovesi a proposito dell'Italia, la vita delle popolazioni è stata un susseguirsi di intrecci che si sono progressivamente amalgamati e trasformati[41].

Nel suo pensiero la nozione e il ruolo di patria non coincidono con il concetto di nazione che solo pochi anni prima nell'opera di Vattel rinnovava in senso costituzionale la teoria dello Stato[42]; la patria genovesiana ha tratti più tradizionali e possiede una gamma di significati che sconfinano anche nell'antropologia e nella storia. E tuttavia essa respira la stessa aria, grazie al collegamento con i diritti naturali individuali. La patria è la comunità di appartenenza, ma è anche il senso di appartenenza[43]; e amare la patria è un dovere che implica l'esercizio della virtù, cioè l'amore per il bene pubblico (che non è proprio solo delle Repubbliche, ma di qualunque comunità politica, indipendentemente dalla forma di Stato[44]). L'appartenenza significa essere parte del patto sociale, godere dei diritti; significa contemporaneamente sentire i legami verso i luoghi e la storia della comunità e coltivare la solidarietà verso le persone; come artefici del patto, si è reciprocamente soci[45].

[39] A. GENOVESI, *Della Diceosina*, cit., III, lib. II, cap. V, § III, p. 350.

[40] *Ibidem*, I, lib. I, cap. I, § 19, p. 32.

[41] *Ibidem*, II, lib. I, cap. XIX, § 17 nota a, p. 282. Per una interpretazione della patria di Genovesi come nazione su base di fatto etnica si veda N. GUASTI, *Un caso editoriale*, cit., p. XXIX.

[42] F. MANCUSO, *Diritto, Stato, sovranità*, cit., in particolare pp. 63 e 100.

[43] A. GENOVESI, *Della Diceosina*, cit., I, lib. I, cap. V, § 18, p. 84; III, lib. II, cap. IX, § 9 ss., pp. 391 ss.

[44] *Ibidem*, III, lib. II, cap. IX, § 10, p. 392.

[45] «Due cittadini son due socj», *ibidem*, III, lib. II, cap. IX, § 14, p. 393.

La patria è dunque l'insieme della società civile, concepita da Genovesi non in senso atomistico, per quanto gli individui abbiano ruoli differenziati entro di essa. Non ci può essere Stato senza patria: insieme, sono necessari per la sicurezza dell'uomo e per il raggiungimento della felicità; insieme costituiscono l'anello entro il quale modernamente l'individuo può operare con soddisfazione. Sono il circuito specifico al cui interno l'uomo si realizza in quanto uomo, secondo una concezione che coniuga relativismo e universalismo[46]. Le leggi civili sono infatti legate alla storia e alle condizioni di ciascun Paese[47] e mirano a conservare i diritti naturali con la minore spesa e il più sicuramente possibile[48].

Per Genovesi la proiezione universale di queste patrie è necessaria, per allargare le prospettive di felicità, pur se l'autore non si nasconde che l'allargamento implica anche problemi di rapporti, rivalità e possibili conflitti[49]. Davanti agli occhi c'è il problema della concorrenza, foriera di guerra.

## 4. *Economia e diritto. Il calcolo*

È il Genovesi che guarda ai mercatanti – la *Diceosina* è inscindibile dalle *Lezioni sul commercio* come pure dalle altre opere destinate all'educazione e la rispettiva riflessione è contemporanea e solo funzionalmente è distinta[50] – e che sa quanto sia arduo ma necessario espandere il commercio senza dare adito a violenze e sopraffazioni, magari velate sotto l'etichetta

[46] Sin troppo facile riandare al relativismo di Montesquieu, di cui, come è notissimo, Genovesi è stato in Italia un autorevole annotatore: ma lo storicismo permea tanta parte del pensiero giuspubblicistico europeo e sarebbe unilaterale ridurre tutto a Montesquieu.

[47] A. GENOVESI, *Della Diceosina*, cit., III, lib. II, cap. VII, § 8, p. 363: le leggi civili «debbono esser proporzionevoli al grado di sapienza, e di politezza de' popoli: al grado dell'arti, del commercio, delle scienze, del modo di vivere».

[48] *Ibidem*, II, lib. I, cap. XII, § 5, p. 200 e cap. XIII, § 4 nota a, p. 206; III, lib. II, cap. VII, § 2, p. 361. Lo 'specifico' espresso attraverso le leggi civili di ciascuna comunità presenta una serie di corollari su cui puntualmente Genovesi si sofferma e che riguardano l'uso della lingua volgare, la conoscenza della società da parte del legislatore, lo studio della storia da parte dell'interprete ecc. (si veda in particolare II, lib. II, cap. XX, § 7 ss., pp. 304 ss., § 10, p. 307 e § 13, p. 310).

[49] «L'uomo non può nascer da sé, né viver solo; ma nella vita compagnevole è sempre una collisione delle atmosfere delle particolari nature, e de' privati interessi, che genera i mali politici; i quali debbono esser tanto più grandi, quanto l'uomo divien membro d'una maggiore società»; *ibidem*, I, lib. I, cap. I, § 10, pp. 23-24.

[50] Come ha ben colto N. GUASTI, *Un caso editoriale*, cit., pp. XII e XIV-XV.

di «arte di governare», «esercitare l'industria» e così via[51]. In realtà il discorso di Genovesi unisce l'aspetto giuridico a quello economico, quali dimensioni inscindibili dell'attività dell'uomo. Si comprende come l'amor di patria non legittimi nessuna guerra di espansione o di conquista[52]; c'è del resto un limite invalicabile: popoli e territori non sono cose e non si possono né acquistare, né concedere, come notava l'illuminista salernitano criticando le bolle alessandrine e la pretesa sottostante di spartire il mondo come cosa propria[53].

Torniamo alla guerra. Genovesi distingueva tra il *potere* di fare la guerra (è il problema della liceità giuridica) e il *dovere* di fare la guerra: non sempre ciò che è lecito fare si deve fare[54]. La guerra si deve fare solo in presenza di due requisiti: quello della legittimità – certamente *condicio sine qua non* – e la presenza di una elevata probabilità di una riuscita finale. Qui entrava in considerazione l'elemento della convenienza, dell'opportunità. Genovesi riteneva che la guerra fosse di per sé distruzione; perché ragionevolmente uno Stato intraprenda la guerra (lecita), occorre dunque che in concreto le prospettive di vantaggio (ad esempio recuperare il territorio) siano superiori ai sicuri costi della guerra[55].

La particolare predisposizione al calcolo è un altro elemento di novità, anche se non in modo assoluto, ché anzi viene da lontano: «per effetto combinato dell'influenza di cartesianesimo e newtonianesimo l'ideale della matematizzazione della morale operò a lungo anche nel pieno del Settecento»[56]. Tutto il pensiero giusnaturalistico moderno, sin dalla famosa rivendicazione di Grozio di aver agito come un matematico[57], pone in

[51] A. GENOVESI, *Della Diceosina*, cit., II, lib. I, cap. XIII, § 5 nota a, p. 207 e nota c, p. 208, «chiamandosi da alcuno il rubare, *conquista, industria, diritto, ec.* e l'aggirare, *perizia, solerzia, ingegno, preminenza, ec.* ed il mentire, *prudenza, politica, arte di governare, ec.*».

[52] *Ibidem*, I, lib. I, cap. VIII, §§ 8-9, pp. 138-139.

[53] *Ibidem*, II, lib. I, cap. XI, § 7, pp. 194-195: «Chi avea dunque dato il diritto ad un uomo di donar l'Asia e l'America a' Popoli Europei? Stravaganze di secoli d'ignoranza».

[54] *Ibidem*, III, lib. II, cap. VIII, § 9, p. 377.

[55] Cfr. J.J. BURLAMAQUI, *Principes du droit politique*, cit., II, IV parte, cap. II, § XXXVII, p. 33.

[56] C. BORGHERO, *La certezza e la storia. Cartesianesimo, pirronismo e conoscenza storica*, Milano 1983, p. 6. Cfr. il capitolo dedicato a valore e calcolo della ragione in F. VENTURI, *Settecento riformatore*, I: *Da Muratori a Beccaria*, Torino 1998$^2$, pp. 355- 410.

[57] U. GROTIUS, *De jure belli ac pacis* (1625), Lipsiae, impensis Krausii, 1758, prolegomena, § 58, p. XXXIX. Inutile continuare con puntuali citazioni delle notissime posizioni di Hobbes, Leibniz, Pufendorf, Domat.

primo piano l'esigenza di adottare il metodo delle scienze esatte per le regole della morale e del diritto. Non senza contrasti con il filone scettico, incline a far leva su regole di buon senso e sull'azione decisiva dei detentori del potere, la cultura scientifica pose con forza l'esigenza della calcolabilità dei fatti e delle conseguenze giuridiche, l'aspirazione a procedere con un sistema ben ordinato di legislazione, addirittura fondato su una scienza. Suggestioni dell'utilitarismo inglese e francese o provenienti dalla cameralistica tedesca erano combinate ecletticamente, sfociando in una cultura critica e di buon senso, anche se non sempre definita coerentemente[58]. In Italia il pensiero va immediatamente a Beccaria, citato con lode da Genovesi proprio per aver applicato il calcolo alla materia giuridica[59]; e prima si può ricordare Giammaria Ortes, l'abate veneziano «ossessionato dall'aritmomania»[60], che, già allievo a Pisa di Guido Grandi[61], esibisce una approfondita attenzione per le applicazioni del calcolo ai più svariati aspetti della vita reale (le passioni e i dolori, il gioco, allora temi di moda), alla storia[62] e al diritto. Proprio in tema di *ius inter gentes*, le *Riflessioni* stese da Ortes dopo l'inizio della guerra dei sette anni (1756) esordivano stabilendo un principio: «che la sussistenza di un principato dipenda dalla misura delle forze proprie moltiplicate nell'inganno per difendersi dalle forze dei vicini»[63].

[58] È forse il caso di VOLTAIRE, *Essai sur les probabilités en fait de justice* (1772), in VOLTAIRE, *Oeuvres. Politique et législation*, III, Paris, Baudouin, 1827, pp. 59 ss. che rifletteva sul ruolo delle probabilità nelle applicazioni giuridiche distinguendo tra il civile e il penale; è significativo che gli editori delle *Oeuvres* (édition de Kehl) avvertissero che il linguaggio dell'aritmetica proiettato nel diritto era molto nuovo e i giuristi erano ancora troppo impreparati perché il discorso sulle probabilità (particolarmente in tema di prove) potesse ricevere una qualche applicazione (*ibidem*, pp. 57-58).

[59] A. GENOVESI, *Della Diceosina*, cit., I, lib. I, cap. VIII, § 12 nota a, p. 140; è risaputo che Beccaria aveva una vera è propria attitudine per il calcolo, applicato, ad esempio, al gioco (testimonianze anche ne *Il Caffè*: si veda G. DOSSENA, *Faraone e faro*, in G. ORTES, *Calcolo sopra la verità dell'istoria e altri scritti*, Genova 1984, pp. 18 ss.).

[60] È la fulminante espressione riferita a Ortes di I. CALVINO, *Presentazione*, in G. ORTES, *Calcolo sopra la verità dell'istoria*, cit., p. 6.

[61] Si tratta del grande matematico, noto anche per la «polemica pandettaria» che si sviluppò negli anni Venti.

[62] Si vedano i diversi saggi pubblicati in G. ORTES, *Calcolo sopra la verità dell'istoria*, cit., sui quali si rinvia all'*Introduzione* di B. ANGLANI, *ibidem*, pp. 25-44 e a F. VENTURI, *Settecento riformatore*, cit., pp. 403 ss.

[63] G. ORTES, *Riflessioni dimostrative sopra le* Memorie *quasi dimostrative della Corte di Berlino del 1756*, in G. ORTES, *Calcolo sopra la verità dell'istoria*, cit., p. 77.

Torniamo a Genovesi. Nella Napoli in cui era ancora vivo il magistero di Celestino Galiani, non stupisce di trovare utilizzata nella sua riflessione sul sistema di diceosina anche la *Ars conjectandi* di Bernoulli (1713), che l'abate salernitano reputava molto utile anche per i giuristi e che del resto conteneva una parte apposita rivolta all'applicazione del calcolo alle materie civili, morali ed economiche[64]. L'attitudine al calcolo, pur senza raggiungere alcuna forma parossistica, si accompagnava alla formulazione del sistema ordinato di giustizia ed emerge costantemente. Ad esempio, in seno alla teoria penale, ove occorreva graduare la pena e la colpevolezza in ragione delle circostanze, ma limitando la discrezionalità del giudice; o nell'ambito della teoria della proprietà, nella quale Genovesi traeva le conseguenze logiche dai fondamenti posti per la tutela civile del dominio. Se infatti la proprietà privata si fondava e si giustificava per la sua funzione di strumento atto a soddisfare i bisogni, era illegittima l'accumulazione che eccedesse il bisogno, calcolato secondo una formula che teneva conto anche degli accantonamenti per le necessità future prevedibili per sé e per la propria famiglia[65].

Come si vede, l'impressione di una visione tradizionalistica svanisce[66]. Se è vero che il giusnaturalismo, in generale, sistematizza il diritto vigente e ne rappresenta la teoria ed ha perciò una funzione nomostatica[67], i canoni del giusto sono però mobili e ben si può dire, in particolare, che a metà Settecento le teorie del diritto naturale alimentarono decisamente il costituzionalismo. Di certo la *Diceosina* genovesiana rientra in questa funzione e porta un'impronta originale e dinamica. Anche l'impressione di una trattazione striminzita e sommaria si dilegua. Ci sarebbe da chiedersi,

[64] «Il Signor Bernulli nell'*Ars conjectandi* ha dimostrato sottilmente, tutt'i principj delle probabilità de' giuochi di pura sorte. Libro dotto, e che mostra quanto l'Aritmetica, l'Algebra, l'analisi sieno necessarie al Politico, al Giureconsulto, al Moralista. Se la ragione de' popoli culti, e del governo di tali popoli, richiede calcoli senza cui si divien selvaggi: la scienza de' calcoli vi dovrebbe essere tra le prime coltivata, e più che tutte l'altre onorata dalle leggi»: A. GENOVESI, *Della Diceosina*, cit., II, lib. I, cap. XVII, § 10, p. 257 nota a. Sottolinea l'importanza dell'opera di Bernoulli anche per le materie civili e morali C. BORGHERO, *La certezza e la storia*, cit., p. 202.

[65] I. BIROCCHI, *Uso y abuso de la cosa: el pensamiento de Genovesi (1713-1769) y de Lampredi (1731-1793) en el tema de la propriedad*, in E. CONTE - M. MADERO (edd), *Entre hecho y derecho: tener, poseer, usar, en perspectiva histórica*, Buenos Aires 2010, pp. 100-101 con le note relative (p. 113).

[66] Nello stesso stesso interpreta N. GUASTI, *Un caso editoriale*, cit., p. XXVII.

[67] L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma - Bari 2007, I, pp. 114-115 e II, p. 30.

semmai, perché l'illuminista napotetano si soffermasse a parlare degli aspetti giuridici delle relazioni internazionali. La spiegazione si ricava da una propensione di fondo, per la quale, scrivesse di economia o di morale o di diritto, Genovesi analizzava i problemi e si sforzava di proporre le soluzioni sempre nel quadro di una regolamentazione progettuale. Da qui l'interesse per questioni che contingentemente non erano sotto i suoi occhi, ma che appartenevano al vivere civile e che dovevano dunque prevedere la relativa norma. Come ebbe a notare lo stesso Genovesi, poteva sembrare fuori luogo che lui si occupasse, ad esempio, del credito pubblico, giacché nel Regno non c'erano pubblici banchi, né compagnie, né biglietti pubblici. Ma l'abate rispondeva che non intendeva scrivere solo per l'età contemporanea, né mancare di insegnare ai giovani ciò che in Europa si praticava in relazione al credito[68].

## 5. *La collocazione giuridica dell'opera*

Non si tratta di individuare nel professore napoletano uno specifico profilo di giurista, accanto al Genovesi metafisico e al Genovesi mercatante. Ma appare certo ingeneroso e in fondo poco attento allo spazio che il mondo del diritto occupava nel sistema di pensiero dell'abate salernitano il giudizio di Venturi che tende a svilire l'impianto e il significato della *Diceosina*[69]. Non c'è dubbio che l'abate avesse una visione enciclopedica nella quale politica, etica, diritto ed economia erano discipline autonome eppure convergenti nel disporsi al servizio dell'uomo, naturalmente votato alla ricerca della felicità in questa terra. Per lui, in tutte queste discipline, e dunque anche nel diritto, c'era la dimensione filosofica e pure quella storica, giacché principi e regole giuridiche si accompagnano all'uomo che vive nella storia.

Ovviamente non era uno specialista, ma certamente aveva coltivato il diritto. Il primo dato evidente è l'atteggiamento critico verso i «casuisti» e verso l'infinita schiera dei «rabuli» incapaci di penetrare le regole del diritto e le leggi romane, e quindi inaffidabili e da rigettare[70]; che è

[68] A. GENOVESI, *Lezioni di commercio o sia d'economia civile*, Milano, Società Tipografica de' Classici Italiani, 1824, parte II, cap. VI, § 1, pp. 65-66.

[69] «Ben ingiallite ci appaiono oggi queste sue pagine sulla 'natura dell'uomo', sulla 'legge morale', sui 'doveri', sui 'diritti', su 'i patti e i contratti', sui 'giuochi', sulle 'nozze', sulla 'patria potestà', sulla 'servitù domestica', e finalmente sulla 'repubblica', sulla 'sovranità' e sul 'dovere de' cittadini e de' magistrati'»: F. VENTURI, *Settecento riformatore*, cit., p. 601.

[70] A. GENOVESI, *Della Diceosina*, cit., I, lib. I, cap. VII, § 19, p. 123; II, lib. I, cap. XV, § 13, p. 236.

poi quanto ci si aspetta dall'illuminista Genovesi. Ma questa è solo una constatazione in negativo e non risolve il problema della cultura giuridica assorbita e fatta propria.

Non c'è dubbio che l'abate salernitano sapeva destreggiarsi nel *corpus iuris* e prediligesse le citazioni dirette dei giuristi romani, mai accompagnate e tanto meno 'oscurate' dai riferimenti dottrinali: questi non venivano usati come *auctoritates*, bensì come spunto per la proposizione del principio razionale di volta in volta cercato. La sua sferzante critica verso i rabulisti infatti si oggettivava, giacché Genovesi riconosceva che di fronte a certe leggi della compilazione giustinianea persino Platone sarebbe stato costretto a diventare un «casuista»[71]. Non stupisce, perciò, che i giureconsulti romani siano utilizzati in quanto filosofi, appartenenti a quella classicità a cui Genovesi attingeva a piene mani connettendola alle letture degli empiristi inglesi e dei *philosophes*[72]; in effetti, non solo Genovesi non disprezzava il diritto romano, ma, al contrario, riteneva che contenesse in sé molta filosofia. È l'idea del Rapolla, contro Muratori, che difatti per questo è apertamente criticato da Genovesi nella *Diceosina*[73]. Né sorprende che, in relazione ai temi giuridici affrontati, attingesse in particolare al versante pragmatico della dottrina olandese, in sintonia con i gusti dei *novatores* antiscolastici che in Italia guardavano con simpatia alla versione Elegante dell'*Usus modernus*. In proposito sovviene la lettura del *De jure et officiis ad usum tyronum*, che, come si sa, mentre presenta gli stessi contenuti di lì a poco volgarizzati nella *Diceosina*, è costruito con più tecnica e puntualilità. Nel *De jure* compaiono anche precise citazioni, che invece mancano nell'opera in lingua italiana, di alcuni capisaldi della dottrina pubblicistica, come Bodin e, sul versante olandese, di Huber, Noodt e Bynckershoek, oltre a Vinnius e Heineccius, citati fuggevolmente pure nella *Diceosina*.

Insomma, nelle sue opere concernenti l'etica e dunque il dover essere a cui le leggi positive dovrebbero conformarsi l'illuminista Genovesi medita

[71] *Ibidem*, II, lib. I, cap. XV, § 7 nota a, p. 232.

[72] *Ibidem*, II, lib. I, cap. XIII, § 2, p. 203.

[73] *Ibidem*, II, lib. I, cap. XV, § 5 nota a, p. 230; cap. XIII, § 2 nota a, p. 203. Le stesse idee, con sereno esame che costituisce la più puntuale esposizione critica della famosa discussione tra Muratori e Rapolla e con chiaro schieramento a favore delle posizioni di quest'ultimo, esprime T. BRIGANTI, *Pratica criminale* (1755), Napoli, Marotta, 1842, prefazione, § VII, n. 91 ss. (t. I, pp. 62 ss.): ovvero un giurista di formazione neoumanista, cresciuto a Napoli e operante come pratico nella città partenopea e poi a lungo nella sua terra del Salento.

sulle fonti del giusnaturalismo moderno simbioticamente combinate con l'indirizzo neoumanista. In essi trovava la via per orientare la prassi attraverso la filosofia; e in particolare se la metodologia neoculta andava alla ricerca dei principi e usava come strumenti la filologia e la storia – non in funzione di conservazione dell'esistente, bensì come teatro mutevole delle relazioni interindividuali e come specchio del relativismo delle cose umane – si spiega come ad essa andasse la simpatia di Genovesi.

Un vichiano? Nessuno, ovviamente, pone la domanda in termini così brutali e tuttavia il rapporto con Vico affiora spesso per affrontare il tema dei nodi irrisolti nelle teorizzazioni del professore napoletano[74]. Ma, dopo aver tranquillamente preso atto che naturalmente Genovesi è stato attratto anche dall'autore della *Scienza nuova*[75], non sembra utile usare quest'ultimo come parametro, in relazione, poi, a un pensatore tanto originale e prensile come Genovesi. Se, come interessa qui, guardiamo essenzialmente ai profili giuridici, conviene rimarcare che Vico era a sua volta espressione di quella scuola storica napoletana a cui facevano capo tutte le personalità di rilievo del mondo giuridico da Francesco d'Andrea in poi. È in tale quadro che, con tratti inconfondibili, affrontò filosoficamente il problema del rapporto tra le scienze esatte (in particolare il cartesianesimo) e la storia e, all'interno di questo, della collocazione del diritto tra «vero» e «fatto». Era il problema centrale del tempo – la periodizzazione classica di Hazard che tematizza la questione entro la crisi della coscienza europea tra il 1680 e il 1715 mi pare valida, ma va a sua volta intesa entro un arco temporale che muove da Grozio e Cartesio e comprende Montesquieu[76] –, per il quale, come si sa, Vico muoveva dalla meditazione del *De jure belli ac pacis*.

Inevitabilmente, ancora nella generazione successiva era pure un problema di Genovesi, che dovette perciò fare i conti con Grozio, Vico e

[74] N. GUASTI, *Un caso editoriale*, cit., p. XXVIII.

[75] Più volte citata nella *Diceosina* il che, di per sé , non smentisce chi afferma che «molto scarso e limitato» fosse l'influsso di questo libro sulla formazione di Genovesi, F. VENTURI, *Settecento riformatore*, cit., p. 527; R. SIRRI, *La cultura a Napoli nel Settecento*, in *Storia di Napoli*, VIII, Napoli 1971, p. 170 parla di «ossequio formale» verso Vico da parte di Genovesi che però «si muoveva senza tenerne minimamente conto».

[76] Basti l'accenno al tema sviluppato da P. HAZARD, *La crise de la conscience européenne 1680-1715*, 3 voll., Paris 1935, al di là delle interpretazioni del grande storico francese; sulla genesi si veda G. RICUPERATI, *L'uomo che inventò la crisi della coscienza europea* (1968-74), ora in G. RICUPERATI, *Frontiere e limiti della ragione. Dalla crisi della coscienza europea all'Illuminismo*, Torino 2006, pp. 56-126.

Montesquieu[77]; ma ora non si trattava tanto di studiarlo come questione filosofica, quanto di considerarlo realisticamente come un dato o presupposto da superare costruttivamente con la proposta e con l'azione pratica. L'attitudine era concreta: come detto, si trattava di cercare la felicità in questa terra e dunque di agire nel tempo immediato.

In conclusione sembra di poter dire che la cultura giuridica di Genovesi muoveva dalla speciale proiezione della scuola neoumanista a Napoli, che dava un particolare sapore alla storia (*in primis* alla storia giuridico-istituzionale del Regno), propugnava lo stabilimento di nuove cattedre come quella di *ius patrium* e di diritto naturale, faceva leva sul ruolo della legge come perno di un ordinamento da rinnovare e si apriva, ma questo solo nelle sue punte più vivaci, al metodo sperimentale e al cosmopolitismo. Se Genovesi teneva conto di Vico, nel suo bagaglio, come è usualmente affermato, aveva pure Giannone, o meglio la cultura giuridica che tra gli anni Venti e Quaranta si riconosceva nell'autore della *Istoria civile*[78]; una cultura che il suo magistero contribuì a rilanciare in forme rinnovate[79].

[77] Sullo sfondo, assai sullo sfondo per la povertà filosofica, sta anche il pensiero di Muratori, che in relazione al problema centrale sopra enunciato si definiva antipirronista, essendo però fondamentalmente scettico: e infatti contro le sue posizioni, pur riconoscendolo come «amicissimo» (A. GENOVESI, *De jure et officiis*, Venetiis, Pezzana, 1785, lib. II, cap. V, § 4, p. 244), Genovesi esprime una dura critica schierandosi col Rapolla (si veda sopra nel testo).

[78] Oltre al capolavoro del giurista napoletano, di per sé una sintesi che esprime i caratteri indicati nel testo, basta ricordare il parere dato dallo stesso Giannone a proposito della riforma degli studi dell'Università di Napoli (29 aprile 1733, da Vienna): l'esule riteneva ancora essenziale per la formazione del giurista lo studio del diritto romano purché alla maniera 'soda' e utile degli umanisti, auspicava una preparazione basata sullo studio delle Istituzioni e si dichiarava favorevole all'introduzione della cattedra di diritto patrio. Addirittura Giannone dichiarava che anche il diritto naturale e delle genti derivava dal diritto romano (in particolare dalla prima parte del Digesto, il *Vetus*) e che da lì avevano attinto Grozio e gli altri giusnaturalisti trattando del diritto pubblico: una posizione che ormai da decenni la dottrina giuridica tedesca, a partire dalla Scuola di Halle, aveva recisamente rigettato (per Thomasius si veda N. HAMMERSTEIN, *Jus publicum romano-germanicum*, in *Diritto e potere nella storia europea. Atti in onore di Bruno Paradisi*, II, Firenze 1982, p. 737). Il *Parere* di Giannone si può leggere in D. LUONGO (ed), *All'alba dell'Illuminismo. Cultura e pubblico Studio nella Napoli austriaca*, Napoli 1997, pp. 131-179.

[79] Agli inizi del nuovo secolo la penna personalissima di un suo allievo, pur spietata in una critica che non risparmiava nemmeno i grandi giuristi, individuava i capisaldi fondamentali per la formazione del giurista (solo dieci opere da salvare: Alciato, Cujas, Jacques Godefroy, Gravina, Edmund Merille, Domat, Grozio, Bodin, Montesquieu e D'Aguesseau) e ribadiva la necessità di armare la legislazione di un robusto nerbo filosofico: e in

Tipica di questa cultura era la valorizzazione del ruolo dell'interprete che, dotato dei lumi, si rapportava al sovrano nella costruzione di una società ragionevolmente organizzata. Per incidere nella prassi, l'itinerario delle riforme prevedeva l'elaborazione di proposte, l'emanazione di leggi e la relativa interpretazione, ma soprattutto uomini saggi capaci di usare gli strumenti adatti:

«Che anzi la felicità o miseria delle nazioni non nasce già dal non aver leggi, o dall'averne cattive, perché chi non ha leggi scritte, ha l'ingenite della natura; e chi le ha scritte, troverete di rado, che non abbia delle convenevoli: ma ella deriva tutta dal non aver savj, buoni, e fermi Giudici. Le leggi sono nel corpo civile come gli strumenti nell'Agricoltura: i copiosi ricolti non vengono solo dall'averne molti e buoni, ma dall'avere delle braccia robuste, e che amino e vogliano travagliare»[80].

Da qui il grande spazio dedicato all'educazione dei magistrati e consiglieri e il ruolo affidato all'interprete. Lungi dall'essere un segno di presunte 'contraddizioni' disseminate nell'opera di Genovesi, è questo solo una prova che nella cultura illuministica convivono visioni differenti[81].

Per il professore napoletano il diritto romano era una sorta di classico, che si poteva utilizzare liberamente, così come ogni altra fonte classica – Omero e Seneca, ad esempio, tante volte citati nella *Diceosina* – e come le stesse opere del giusnaturalismo moderno. Il che, nello spirito pragmatico ed eclettico di Genovesi, significava che i principi non si estraevano pronti per l'uso dal *corpus iuris* e nemmeno dalla storia. Si ricavavano dalla ragione libera e si applicavano con il calcolo dell'uomo libero.

campo penale, nella Napoli del secondo Settecento, faceva i nomi di Tommaso Briganti, Filangieri e Pagano: G.M. GALANTI, *Testamento forense* (1806), rist. anast. Napoli 1977, II, pp. 301-302 e 251-52.

[80] A. GENOVESI, *Della Diceosina*, cit., II, lib. I, cap. XX, § 3, pp. 302-303. Il passo è citato anche da A. DEL GIUDICE, *Prolusioni - Studi - Conferenze*, cit., p. 201.

[81] Proprio sul tema dell'interpretazione e del ruolo del giurista, Genovesi passa spesso come un illuminista 'moderato' (M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano 1966, p. 59; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, II, Milano 2005, p. 172): è un giudizio che ha il pregio della sintesi, ma che forse rischia di accreditare l'idea che sia possibile una quantificazione dei differenti accostamenti degli illuministi alle questioni giuridiche dibattute.

*Résumé*

EIN NEUES INTERESSE AM «IUS INTER GENTES»: DIE ÜBERLEGUNGEN VON GENOVESI

Zu Beginn des 18. Jahrhunderts zeichnete sich in Italien ein wiedererwachtes Interesse für das öffentliche Recht *inter gentes*/Völkerrecht ab. Im Großen und Ganzen entprovinzialisierte sich die Rechtswissenschaft zunehmend und es setzte ein Prozess der gegenseitigen Stärkung zwischen einer Rechtslehre mit einem ausgeprägten Interesse für das öffentliche Recht und der Regierungskultur ein.

Die charakteristischen Aspekte dieser Lehre sind:

- der Niedergang der Positionen, die im Wesentlichen natürliches Recht und römisches Recht gleichsetzten;
- die Anziehungskraft des Begriffs «Vaterland» als einer mit Geschichte und eigenen Gesetzen versehene Kollektivität, die sich mit den anderen Vaterländern auseinandersetzte;
- die Verbreitung einer entschieden kosmopolitischen und utilitaristischen Vision, die sich auf die Betrachtung der Rechte und des öffentlichen Guts konzentriert.

In diesem Beitrag wird insbesondere die *Diceosina* von Genovesi (1713-1769) untersucht. Der erste Eindruck ist der eines an die Tradition gebundenen Werkes: der Einfluss von Grotius ist deutlich erkennbar und die Abhandlung konzentriert sich – was die internationalen Beziehungen betrifft – auf das Thema Krieg.

Für Genovesi war Krieg nur in drei Fällen legitim, und alle drei rührten aus der Verletzung eines «perfekten» Rechts her: 1. zur Verteidigung; 2. als Wiedergutmachung in Folge der Verletzung eines eigenen Rechts; 3. zur Bestrafung eines erlittenen Unrechts. Krieg war außerdem auch bei der Verletzung eines «imperfekten» Rechts legitim, aber nur in zwei Fällen: 1. zur Befriedigung eines lebensnotwendigen Bedürfnisses, das anders nicht erfüllt werden kann; und 2. um anderen Völkern zu helfen, deren Recht schwer beeinträchtigt worden ist. In beiden Fällen musste das Gegenmittel Krieg freilich mit besonderer Vorsicht eingesetzt werden: unrechtmäßig war nämlich die Einmischung mit der Pseudorechtfertigung der humanitären Hilfe oder des angeblichen Vorteils für die Völker, die von dem Eingriff betroffen waren.

Aber vom Krieg dehnte sich die Analyse auf das ganze System Genovesis aus und insbesondere auf die Rolle des Staates, das Verständnis von Heimat und die Menschenrechte: hier benutzte der Autor eklektisch Schriften der *philosophes* und des englischen Empirismus. Vorausgesetzt, dass der Mensch eine Anzahl ihm inhärenter (*proprium*) natürlicher Rechte besitzt, konstituiert sich die politische Gesellschaft zum Schutz des Bestandes an Rechten natürlicher Abstammung, die unveräußerlich und unverjährbar sind, beim Individuum liegen und für alle gleich sind. Im Verständnis Genovesis war der Gesellschaftsvertrag keine mythische oder abstrakte Hypothese, sondern eine Verkettung historischer Ereignisse, die mal von gewalttätigen Zusammenschlüssen, mal von der Geschicklichkeit einzelner Personen oder Familien ausgelöst wurde. Aber dann war da auch noch der rationale Aspekt, der die Zielsetzung des Staates betraf und die Regeln, denen sein Vorgehen zu unterliegen hatte.

Der Gesellschaftsvertrag kam im Staat zum Ausdruck und zielte darauf ab, die Rechte zu schützen. Die einzige Rechtfertigung für den Staat lag in seiner Funktion, die universalen Bedürfnisse des Menschen zu befriedigen, indem er die Bedingungen prüfte, unter denen eine jede Zivilgesellschaft lebte.

Neben dem Staat gab es die Heimat als einheitlichen, nicht unbedingt ethnisch homogen Ort des Zusammenlebens: laut Genovesi sei in Italien das Leben der Bevölkerungen eine Abfolge von Verbindungen und Veränderungen gewesen.

Die Heimat war die Gemeinde der Zugehörigkeit, aber auch das Gefühl von Zugehörigkeit; und Heimatliebe war eine Pflicht, die ein tugendhaftes Leben umfasste, also die Liebe für das öffentliche Gut (das ganz unabhängig von der Staatsform keiner politischen Gemeinschaft gehören konnte). Zugehörigkeit bedeutete, Teil des Gemeinschaftsvertrages sein, Rechte genießen, Beziehungen zu den Orten und zu der Geschichte der Gemeinschaft pflegen und Solidarität mit den anderen Menschen entwickeln.

Für Genovesi war die universale Projektion dieser Heimaten notwendig, um die Aussichten auf Glück, die Ausdehnung des Handels und die Völkerverständigung zu fördern, auch wenn der Autor sich darüber im Klaren war, dass diese Konfliktpotential in sich barg. Da war das Problem der Konkurrenz, einer Vorbotin des Krieges, aber die Heimatliebe legitimierte weder Expansions- noch Eroberungskriege.

Allem Anschein zum Trotz, war also das Verständnis der Beziehungen *inter gentes* sehr breitgefächert, überwiegend rational-utilitaristisch, individualistisch orientiert und auf die Menschenrechte und die juristische Gleichheit der Institutionen ausgerichtet.

Insgesamt zeigt Genovesi eine enzyklopädische und laizistische Vision, in welcher Politik, Ethik, Recht und Wirtschaft autonome Disziplinen waren, die sich freilich in den Dienst der Menschen gestellt hatten, die von Natur aus dem Streben nach Glück auf dieser Erde verschrieben waren.

*Übersetzung von Friederike Oursin*

# Die Begründung des öffentlichen Rechts in der Naturrechtstheorie des 17. und 18. Jahrhunderts

von *Jan Schröder*

## I. Grundlagen

Mein Thema[1] ist so umfassend, dass ich weder die Quellen noch die Sachfragen auch nur annähernd vollständig behandeln kann. Ich versuche mich auf das Wichtigste zu konzentrieren. Zeitlich beschränke ich mich auf das neue Naturrecht von Hobbes' *De cive* (1642) bis zu Kants *Rechtslehre* (1797), das sind rund 150 Jahre, räumlich – abgesehen von Hobbes – auf die deutsche Literatur. Ich nenne dieses neue Naturrecht, wie es häufig geschieht[2], «Vernunftrecht». Dieser Ausdruck ist zwar nicht quellenmäßig[3], aber er ist zweckmäßig, um das neue, aus der Vernunft

[1] Überblick bei M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 1, München 1988, S. 268 ff. Die Literatur zu den wichtigsten Theoretikern ist fast unübersehbar, Hinweise bei G. Kleinheyer - J. Schröder (Hrsg.), *Deutsche und europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, Heidelberg 2008[5], zu Hobbes (S. 201 f.), Pufendorf (S. 353 f.), Thomasius (S. 446 f.) und Wolff (S. 472 f.). Eine aktuelle Gesamtdarstellung der deutschen naturrechtlichen Staatstheorie von Pufendorf bis Kant scheint es nicht zu geben; wichtige Einzelfragen behandeln u.a. W. Kersting, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages*, Darmstadt 1994; F. Grunert, *Normbegründung und politische Legitimität. Zur Rechts- und Staatsphilosophie der deutschen Frühaufklärung*, Tübingen 2000; J. Rolin, *Der Ursprung des Staates. Die naturrechtlich-rechtsphilosophische Legitimation von Staat und Staatsgewalt im Deutschland des 18. und 19. Jahrhunderts*, Tübingen 2005, sowie die Sammelbände von D. Klippel (Hrsg.), *Naturrecht und Staat. Politische Funktionen des europäischen Naturrechts*, München 2006, und H. Kuriki, *Beiträge zur Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Tokyo 2009 (darunter *Die Rolle des Allgemeinen Staatsrechts in Deutschland von der Mitte des 18. bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts*, erstmals veröffentlicht in «Archiv des öffentlichen Rechts», 99, 1974, S. 556-585).

[2] Z.B. bei F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen 1967[2], S. 249 ff.; H. Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte. Rechtsentwicklungen im europäischen Kontext*, Heidelberg 2005[10], S. 104 ff.

[3] Bis zum Ende des 18. Jahrhunderts und sogar noch bis zu Hegels Rechtsphilosophie herrscht das Wort «Naturrecht» vor. Vereinzelt findet sich aber auch die Bezeichnung

entwickelte Naturrecht vom alten abzugrenzen, das auf die göttliche Offenbarung gestützt wurde. Innerhalb dieses Vernunftrechts kann man dann wieder das ältere der Pufendorf, Thomasius, Wolff usw. vom jüngeren der Kant-Zeit unterscheiden.

Bekanntlich enthalten die Vernunftrechtslehrbücher seit Pufendorf fast durchweg folgende Lehrstücke[4]: Zunächst die Rechte des Einzelnen, die entweder schon von Natur aus bestehen, wie Leben, Körper und Freiheit, oder durch Aneignung oder Vertrag erworben werden. Diese Rechte sind auch im Naturzustand dadurch geschützt, dass der Einzelne sich gegen ihre Verletzung wehren und die Rechtslage durch Schiedsrichter feststellen lassen kann. Weiter geht es mit dem Recht der Gesellschaften. Sie entstehen wiederum durch Vertrag, zunächst als kleinere Vereinigungen, nämlich zwischen Eheleuten, Eltern und Kindern und Herren und Knechten. Als größte, alles umfassende Gesellschaft bildet sich schließlich der Staat (*civitas*). Er ist nach Thomas Hobbes notwendig, weil im Naturzustand ein Kampf aller gegen alle herrscht und dem Einzelnen das Seine nicht sicher ist[5]. Es muss also eine Einrichtung geschaffen werden, die den Einzelnen vor Verletzungen schützt und ihm überdies ein zufriedenstellendes Leben sichert. Dazu werden mehrere Verträge geschlossen; hier weichen die deutschen Naturrechtler von Hobbes ab, der nur einen Vertrag annimmt. Zunächst vereinigen sich die Familien zur bürgerlichen Gesellschaft oder zum Staat. Dann beschließen sie darüber, welche Regierungsform bestehen soll. Sie kann, entsprechend den herkömmlichen Unterscheidungen, monarchisch, aristokratisch oder demokratisch sein. Auch Zwischenformen sind möglich. Schließlich übertragen sie die Herrschaft auf diejenigen, die regieren sollen. Die Regierung ist dann entsprechend dem Staatszweck, also dem Schutz des Einzelnen und des gemeinen Wohls auszuüben. Daraus ergeben sich die einzelnen Rechte zwischen Regierenden und Untertanen. In einem letzten Teil schließlich setzen die Vernunftrechtslehrbücher die so entstandenen Staaten zu anderen Staaten in Beziehung, behandeln also das Völkerrecht, das Recht des Kriegs und des Friedens.

«Vernunftrecht», etwa ADAM FRIEDRICH GLAFEY, *Vernunft- und Völcker-Recht*, Frankfurt - Leipzig 1723.

[4] Das Folgende orientiert sich an GOTTFRIED ACHENWALL - JOHAN STEPHAN PÜTTER, *Elementa iuris naturae*, Göttingen 1750 (zweisprachige Ausgabe hrsg. und übers. von J. SCHRÖDER unter dem Titel: *Anfangsgründe des Naturrechts*, Frankfurt a.M. 1995), findet sich aber ähnlich bei den meisten Naturrechtlern des späten 17. und des 18. Jahrhunderts.

[5] THOMAS HOBBES, *De cive* (1642), cap. 5, §§ 6-9; deutsche Ausgabe: *Vom Menschen. Vom Bürger*, eingel. und hrsg. von G. GAWLICK, Hamburg 1994, S. 128.

Wie wird hier das öffentliche Recht «begründet»? Stark vergröbernd kann man vielleicht Folgendes sagen: In der älteren publizistischen Lehre standen die Herrschenden und die einzelnen Herrschaftsrechte im Vordergrund. Es ging um Monarchen und Stände und ihre persönlichen Rechte, die man mehr oder weniger aus vielen einzelnen Rechtspositionen summierte. An die Stelle dieser personenbezogenen und addierenden Begründung des öffentlichen Rechts setzt nun das Vernunftrecht die Totalität des Staates, den das Volk durch den Gesellschaftsvertrag errichtet. Zum Staat gehört alles, was sich aus dem Staatszweck und den daraus hervorgehenden Verträgen ergibt. Öffentliches Recht ist jetzt nicht mehr die Summe einzelner nicht-privater Rechtsinstitute, sondern die umfassende, von allen anderen scharf abgegrenzte Sphäre des Staates. Eine solche Theorie hatte es in der Neuzeit bisher nicht gegeben, auch Bodin nähert sich ihr mit seiner Souveränitätslehre nur an. Das Vernunftrecht bringt drei ganz neue Ideen hervor, die für den modernen Staat selbstverständlich geworden sind. Erstens muss es jetzt eine unwidersprechliche Gewalt, einen Willen im Staat geben, der für den Schutz und die Durchsetzung der Rechte des Einzelnen sorgt, also ein staatliches Rechtsschöpfungs- und Gewaltmonopol. Zweitens muss dieses vom Volk geschaffene Gebilde «Staat», das weder mit den Herrschenden noch mit den Unterworfenen identisch ist, rechtlich selbständig, ein eigenes Rechtssubjekt sein. Und drittens ist der Einzelne von Natur aus frei und muss es auch im Staat bleiben. Ich nenne diese drei Elemente, «Gewaltmonopol», «Rechtssubjektivität» des Staates und unveräußerliche «natürliche Rechte des Einzelnen», die reformerischen Elemente der vernunftrechtlichen Staatslehre und behandele sie im ersten Teil meines Aufsatzes (unten II.). Dabei wird sich allerdings zeigen, dass sich diese Ideen nicht immer schon im älteren, sondern zum Teil erst im jüngeren Vernunftrecht durchsetzen.

Etwas überraschend ist vielleicht, daß ich unter die reformerischen Elemente nicht auch die Idee der «Volkssouveränität» zähle. Sie ist zweifellos im Vernunftrecht angelegt, wird aber auch im jüngeren Vernunftrecht noch durch traditionelle Elemente überlagert. Auf sie möchte ich im zweiten Teil meines Aufsatzes (unten III.) eingehen.

## II. Die reformerischen Elemente des Vernunftrechts

### 1. *Das staatliche Rechtsschöpfungs- und Gewaltmonopol*

Die Idee vom Rechtserzeugungs- und Gewaltmonopol des Staates beruht auf den Vorstellungen von Thomas Hobbes[6], die ihrerseits sicherlich durch die Erfahrungen des Bürgerkriegs motiviert sind. Hobbes hatte schon 1642 in *De cive* ausgeführt: Im vorstaatlichen Zustand ist kein Mensch vor den bösen Neigungen des anderen sicher[7]. Deshalb müssen sich die Menschen in einer Einrichtung vereinigen, die Schutz vor dem bösen Willen der einzelnen gewährt[8]. Diese Einrichtung soll den Krieg aller gegen alle aufheben, darum muss 'ein' Wille herrschen, der sich am gemeinen Wohl orientiert[9]. Der wichtigste Ausdruck dieses Willens ist das positive Gesetz[10]. Und da Gesetz und Richterspruch nutzlos sind, wenn sie nicht durchgesetzt werden, muss auch der Staat allein die entsprechende Gewalt ausüben können[11]. Schon die erste Generation der deutschen Vernunftrechtler, angeführt von Pufendorf[12], Thomasius[13] und

[6] Zum Einfluss von Hobbes auf Pufendorf: vor allem F. Palladini, *Pufendorf – discepolo di Hobbes*, Bologna 1990; auf Thomasius: P. Schröder, *Naturrecht und absolutistisches Staatsrecht. Eine vergleichende Studie zu Thomas Hobbes und Christian Thomasius*, Berlin 2001.

[7] Thomas Hobbes, *De cive*, cap. 1, §§ 11, 12, dt. Ausg. S. 83.

[8] Wie oben Anm. 5.

[9] Thomas Hobbes, *De cive*, cap. 5, § 6, S. 128.

[10] Von Thomas Hobbes, *De cive*, cap. 6, § 9, dt. Ausg. S. 135 definiert als Gebote der höchsten Gewalt für die Handlungen der Bürger.

[11] Thomas Hobbes, *De cive*, cap. 6, § 7, dt. Ausg. S. 134: Das Recht des Kriegs (d.h. der Gewaltanwendung) und des Friedens wird vollständig auf 'einen' Menschen oder 'eine' Versammlung übertragen. Siehe auch cap. 2, § 18, dt. Ausg. S. 95: im staatlichen Zustand hat nur noch der Staat ein Strafrecht.

[12] Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium libri octo* (1672, ich zitiere nach der Neuausgabe in *Gesammelte Werke*, Bd. 4, hrsg. von Fr. Böhling, Berlin 1998), lib. 7, cap. 1, § 7, S. 634 (Zweck der Staatsgründung ist der Schutz vor Übeln, die dem Menschen vom Menschen drohen); lib. 7, cap. 2, § 5, S. 642 (ein Wille); lib. 7, cap. 4, § 11, S. 672 (Befehls- und Zwangsrechte müssen von derselben Gewalt ausgeübt werden).

[13] Christian Thomasius, *Institutiones iurisprudentiae divinae libri tres*, 1688, Halle 1730$^{7}$, 2. ND Aalen 1994, lib. 3, cap. 6, §§ 12, 15, S. 386 f. (Furcht vor den Übeln, die dem Menschen vom Menschen drohen, ist der Grund für die Errichtung des Staates); lib. 3, cap. 6, §§ 27, 28, S. 389 (ein Wille und eine Gewalt); lib. 3, cap. 6, § 156, S. 407 (alle Elemente der Herrschaft müssen bei einem sein).

Justus Henning Böhmer[14], übernimmt das im Wesentlichen[15]. In voller Konsequenz führen den Gedanken aber erst Kant und seine Anhänger durch.

a) Die theoretischen Konsequenzen des Rechtsschöpfungs- und Gewaltmonopols: Die moderne Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht

Das Gewaltmonopol hat zunächst theoretische Auswirkungen auf die Zuordnung der einzelnen Rechtsmaterien. Wenn alle Gewalt beim Staat liegt, müssen auch die entsprechenden Rechtsmaterien staatliche sein. Bei der Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht fallen also neben dem eigentlichen Staatsrecht auch das Strafrecht, das Zwangsvollstreckungsrecht und das Prozessrecht in den öffentlichen Bereich. Damit ist die moderne Einteilung von öffentlichem Recht und Privatrecht erreicht[16].

Für den heutigen Juristen ist diese Abgrenzung selbstverständlich. Es brauchte aber, wie gesagt, seine Zeit, bis sie sich durchsetzte. Im älteren deutschen Vernunftrecht findet man sie noch nicht, denn dort gab es neben dem staatlichen auch noch den natürlichen, vorstaatlichen Zustand. Schon im Naturzustand konnte der Privatmann Zwang ausüben und «Krieg» führen[17]. Es gab Gerichte, wenn auch nur Schiedsgerichte, denen sich die Parteien erst einmal unterwerfen müssen[18]. Und es existierte sogar ein

[14] JUSTUS HENNING BÖHMER, *Introductio in ius publicum universale*, Halle 1710, pars spec., lib. 1, cap.2, § 2, S. 155 (ein Wille, mit allerdings etwas abweichender Konstruktion der Staatsentstehung).

[15] Siehe auch CHRISTIAN WOLFF, *Institutiones juris naturae et gentium*, 1750, ND Hildesheim 1969, § 1029, S. 634 f.: im Staat wird das Recht des Privatkriegs durch Gerichte ausgeübt.

[16] Zum Folgenden J. SCHRÖDER, *Privatrecht und öffentliches Recht. Zur Entwicklung der modernen Rechtssystematik in der Naturrechtslehre des 18. Jahrhunderts*, in H. LANGE u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag*, Tübingen 1993, S. 961-974.

[17] CHRISTIAN THOMASIUS, *Institutiones iurisprudentiae divinae*, lib. 1, cap. 1, § 105, S. 20, CHRISTIAN WOLFF, *Institutiones juris naturae et gentium*, § 98, S. 51; GOTTFRIED ACHENWALL - JOHAN STEPHAN PÜTTER, *Elementa iuris naturae*, § 469, S. 152 f.; DANIEL NETTELBLADT, *Systema elementare universae iurisprudentiae naturalis*, pars II: *Iurisprudentia naturalis stricte sic dicta*, Halle 1758, §§ 815 ff., S. 317 ff. SAMUEL PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, lib. 8, cap. 6, § 1, S. 842 behandelt das Kriegsrecht erst beim Staat, anerkennt aber durchaus auch ein Kriegsrecht des Einzelnen.

[18] CHRISTIAN WOLFF, *Institutiones juris naturae et gentium*, § 1029, S. 634 meint sogar, (staatliche) Richter seien gleichsam nur vom Staat eingesetzte Schiedsrichter. Zum (Schieds-)Gericht im Naturzustand etwa auch SAMUEL PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, lib. 5, cap. 13,

natürliches «privates» Strafrecht, etwa zwischen Eltern und Kindern und Herr und Knecht[19]. Alle diese Rechtsgebiete, in denen Gewalt ausgeübt wurde (Zwangsvollstreckungs-, Prozess- und Strafrecht), ließen sich also auch als natürliche, vorstaatliche, nicht öffentliche denken. Nur wenn man sich den Naturzustand sozusagen hinwegdenkt und den staatlichen zum allein möglichen erhebt, fallen alle Gewaltrechte dem Staat zu. So weit ging aber die ältere Generation der Vernunftrechtler von Pufendorf und Thomasius bis zu Wolff und Achenwall noch nicht[20]. Sie schrieb zwar dem Staat ein Gewaltmonopol zu, wenn er einmal errichtet war. Sie hielt aber diese Errichtung selbst nicht für unbedingt zwingend und unvermeidbar. Noch Achenwall meinte 1750, Glückseligkeit könne der Einzelne auch in anderen Gesellschaften erreichen, nur sei der Staat *specie perfectior*, in seiner Art vollkommener[21]. Man konnte also vielleicht auf ihn auch verzichten. Gab es ihn nicht, dann blieb der Naturzustand mit seinen vorstaatlichen Zwangsrechten in Kraft. Diese waren deshalb in den Augen der älteren Vernunftrechtler in der Tat «Privatrecht». Für

S. 544 ff.; GOTTFRIED ACHENWALL - JOHAN STEPHAN PÜTTER, *Elementa iuris naturae*, §§ 524 ff., S. 168 f.

[19] Allerdings war umstritten, ob Strafe nur bei Über- und Unterordnung oder auch unter Gleichgestellten möglich ist. Für das erste SAMUEL PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, lib. 8, cap. 3, §§ 2-4, S. 760 f.; CHRISTIAN THOMASIUS, *Institutiones iurisprudentiae divinae*, lib. 3, cap. 7, § 13, S. 412, für das zweite – im Anschluss an Hugo Grotius – CHRISTIAN WOLFF, *Institutiones juris naturae et gentium*, § 93, S. 48 f. Dazu zuletzt D. HÜNING, *Die Begründung des Strafrechts in Christian Wolffs Naturrechtslehre*, in V. FIORILLO - F. GRUNERT (Hrsg.), *Das Naturrecht der Geselligkeit. Anthropologie, Recht und Politik im 18. Jahrhundert*, Berlin 2009, S. 183-221. Ließ man jede Über- und Unterordnung genügen, dann konnte es Strafrecht auch im außerstaatlichen Zustand geben, so spricht etwa CHRISTIAN THOMASIUS, *Institutiones iurisprudentiae divinae*, lib. 3, cap. 4, § 47, S. 375 von «poena» im Eltern-Kind-Verhältnis. Anders Samuel Pufendorf, wie voriges Zitat, der nur ein staatliches Strafrecht akzeptiert.

[20] Selbst für THOMAS HOBBES, *De cive*, ist der Naturzustand noch eine Realität, die z.B. eintreten kann, wenn in einer Monarchie kein Thronfolger vorhanden ist (cap. 7, § 18, dt. Ausg. S. 160) oder wenn sich ein Staat auflöst (dazu cap. 12, dt. Ausg. S. 192 ff.). Dann treten auch die vorstaatlichen Rechte (etwa cap. 2, § 18, dt. Ausg. S. 95) in all ihrer Unvollkommenheit wieder in Kraft.

[21] GOTTFRIED ACHENWALL, *Ius Naturae*, Göttingen 1774[7], *pars posterior*, § 85, S. 66. Bei WIGULAEUS ALOYS XAVER VON KREITTMAYR, *Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum civilem*, Tl. 1, 1758, neue Aufl. München 1821, Tl. 1, Kap. 2, § VI, 2 (S. 43 f.) heißt es sogar: «Eine absolute Nothwendigkeit aber kann man … von solcher Gesellschaft (sc. dem Staat) durch die Vernunft nicht ausmachen, indem sowohl der menschliche Bedarf als Bequemlichkeit durch andere Gesellschaften und Bündnisse ebenfalls gesteuert werden kann». Zahlreiche Nachweise zur Beurteilung des Naturzustands im älteren deutschen Naturrecht bei J. ROLIN, *Der Ursprung des Staates*, S. 23 ff.

das öffentliche Recht (*ius publicum*) blieb nur das Staatsrecht im engeren Sinne übrig. So setzt etwa Zedlers Lexikon 1744 *ius publicum* ohne weiteres (nur) mit dem Staatsverfassungsrecht gleich[22].

Erst in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts ziehen die Vernunftrechtler die vollen Konsequenzen aus dem Gewaltmonopol des Staates. Kant und seine Schule radikalisieren jetzt mit Hobbes den Staat dahingehend, daß er notwendig und unvermeidlich ist. Nach Kant (*Rechtslehre*, 1797) gibt es im Naturzustand keinen rechtlichen Zwang, sondern nur im Staat. Der Naturzustand schafft keine dauernden, «peremptorischen» Rechte, sondern nur vorläufige «provisorische»[23]. Deshalb besteht das «Postulat des öffentlichen Rechts», wie Kant sagt: jede Gesellschaft muss in einen rechtlichen, d. h. staatlichen Zustand übergehen, weil anders die Rechte des Einzelnen nicht gesichert sind[24]. Der Naturzustand ist, wie ein Kantianer schreibt, «pflichtwidrig und rechtswidrig»[25]. Etwas später sagt Fichte: «Außer dem Staate ist kein Recht»[26]. Damit werden die

[22] J.H. ZEDLER (Verleger), *Großes vollständiges Universal-Lexicon aller Wissenschaften und Künste*, Bd. 25 (Leipzig und Halle 1740), Sp. 676.

[23] IMMANUEL KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Tl. 1: *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Königsberg 1797, S. 87.

[24] IMMANUEL KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, S. 157.

[25] GEORG SAMUEL ALBERT MELLIN, *Grundlegung zur Metaphysik der Rechte oder der positiven Gesetzgebung*, Züllichau 1796, S. 72. Auch JOHANN CHRISTIAN GOTTLIEB SCHAUMANN, *Versuch eines neuen Systems des natürlichen Rechts*, Halle 1796, S. 170 (Naturzustand «soll nicht seyn»); JOHANN GOTTLIEB FICHTE, *Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre* (1796), = DERS., *Sämmtliche Werke*, hrsg. von JOHANN GOTTLIEB FICHTE, Bd. 3, Leipzig o.J., S. 12 f.; WILHELM TRAUGOTT KRUG, *Aphorismen zur Philosophie des Rechts*, Bd. 1, Leipzig 1800, S. 143, 168 f.; WILHELM GOTTLIEB TAFINGER, *Encyclopädie und Geschichte der Rechte in Teutschland*, Tübingen 1800$^2$, S. 40; ANTON THOMAS, *Lehrbuch der natürlichen Rechtswissenschaft*, Frankfurt a.M. 1802, S. 136; JAKOB FRIES, *Philosophische Rechtslehre und Kritik aller positiven Gesetzgebung*, Jena 1803, S. 52; KARL CHRISTIAN FRIEDRICH KRAUSE, *Grundlage des Naturrechts*, 1. Abt., Jena - Leipzig 1803, S. 5, 63; CHRISTIAN WEISS, *Lehrbuch der Philosophie des Rechts*, Leipzig 1804, S. 49, 56; ANTON BAUER, *Lehrbuch des Naturrechts* (= *Elementarsystem der Rechtswissenschaft*, Tl. 1), Marburg 1808, S. 18, 245; KARL HEINRICH GROS, *Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts* (1802), Tübingen 1815$^3$, § 289, S. 216. Wohl auch GUSTAV HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*, 2. Versuch Berlin 1799, S. 51 (zu Kant). Nach D. KLIPPEL, *Das deutsche Naturrecht am Ende des 18. Jahrhunderts*, in V. FIORILLO - F. GRUNERT (Hrsg.), *Das Naturrecht der Geselligkeit*, S. 301-325, hier S. 311, liegt überhaupt eines der Charakteristika des jüngeren Naturrechts darin, dass die Vorstellung des Naturzustandes ins Wanken gerät; siehe auch J. ROLIN, *Der Ursprung des Staates*, S. 109 ff.

[26] JOHANN GOTTLIEB FICHTE, *Rechtslehre, vorgetragen von Ostern bis Michaelis 1812*, hrsg. von H. SCHULZ, Leipzig 1920, S. 23.

natürlichen, vorstaatlichen privaten Gewalt- und Zwangsrechte hinfällig. Es gibt kein natürliches «Zwangsvollstreckungsrecht»[27] und kein natürliches «Strafrecht»[28] mehr. Auch das «Prozessrecht» fällt dem öffentlichen Recht zu, denn im Naturzustand findet «sich kein kompetenter Richter ..., rechtskräftig den Ausspruch zu tun» (so wiederum Kant)[29]. Zwang ist spezifisch für den Staat, die entsprechenden Rechtsgebiete gehören daher zum staatlichen, zum öffentlichen Recht. Das Privatrecht umfasst nur noch die Rechtsbeziehungen zwischen den Einzelnen, die sich als solche (d.h. ohne Zwangsrechte) auch vorstaatlich begründen lassen. So wird der Grund gelegt für den modernen (extensionalen) Begriff des öffentlichen Rechts, nämlich durch dessen Aussonderung aus dem Privatrecht – nicht etwa umgekehrt, wie Dieter Grimm[30] und andere meinen, durch Ausgrenzung des Privatrechts aus dem öffentlichen Recht.

### b) Die praktischen Konsequenzen des Rechtsschöpfungs- und Gewaltmonopols: Die Beseitigung oder Kontrolle nicht-staatlicher Rechtssetzung

Ich komme zu den praktischen Konsequenzen und konzentriere mich auf das Rechtsschöpfungsmonopol. Das staatliche Rechtserzeugungsmonopol bringt drei Forderungen hervor: Es darf nicht geben 1. eine autonome

[27] Siehe etwa CHRISTIAN WEISS, *Lehrbuch der Philosophie des Rechts*, S. 16, 44 f., 47 (Ausübung des Zwanges ist nur bei wechselseitiger Freiheitsbeschränkung, d.h. im Staat – S. 51 ff., 81 – zulässig); ANTON BAUER, *Lehrbuch des Naturrechts*, S. 238 (der außerstaatliche Zustand ist kein rechtlicher Zustand, so daß hier auch keine rechtmäßige Ausübung von Zwang in Betracht kommt); KARL HEINRICH GROS, *Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft*, §§ 108 ff., S. 83 ff. (Ausübung des Zwangsrechts nur im Staat).

[28] JOHANN CHRISTOPH HOFFBAUER, *Naturrecht aus dem Begriffe des Rechts entwickelt*, Halle 1793, § 205, S. 112; KARL HEINRICH HEYDENREICH, *System des Naturrechts nach kritischen Prinzipien*, Bd. 1, Leipzig 1794, S. 189 ff.; A. THOMAS, *Lehrbuch der natürlichen Rechtswissenschaft*, S. 131 (die Frage, «ob es ein natürliches Strafrecht gebe? kann gar nicht mehr berücksichtiget werden»); CHRISTIAN WEISS, *Lehrbuch der Philosophie des Rechts*, S. 40; KARL HEINRICH GROS, *Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft*, § 106, S. 82; ANTON BAUER, *Lehrbuch des Naturrechts*, S. 88. Auch JAKOB FRIES, *Philosophische Rechtslehre*, unterscheidet «bürgerliche» (= privatrechtliche) und «peinliche» Gesetzgebung.

[29] IMMANUEL KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, S. 163. Siehe auch KARL HEINRICH GROS, *Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft*, § 108, S. 83; WILHELM GOTTLIEB TAFINGER, *Encyclopädie und Geschichte der Rechte*, S. 113 f.; ANTON BAUER, *Lehrbuch des Naturrechts*, S. 91.

[30] D. GRIMM, *Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichem und privatem Recht in Deutschland*, in W. WILHELM (Hrsg.), *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, Frankfurt a.M. 1972, S. 224 ff., hier S. 238. Weitere Nachweise zum Meinungsstand bei J. SCHRÖDER, *Privatrecht und öffentliches Recht*, S. 961.

Rechtssetzung unterhalb des Staates, 2. ein unkonzessioniertes Gewohnheitsrecht neben dem staatlichen Gesetzesrecht und schließlich 3. ein höheres Recht über dem Staat – das staatliche Recht muss also auch jedem Naturrecht vorgehen. Alle diese Postulate werden verwirklicht[31], zum Teil schon am Ende des 17. Jahrhunderts, zum Teil im Laufe des 18. Jahrhunderts.

1. Der erste Punkt, die Rechtssetzung unterhalb des Staates, betrifft das Stadt- und Provinzialrecht, also das «Statutenrecht». Nach der älteren, noch um 1650 herrschenden Lehre konnten Städte ungehindert Statuten geben[32]. Den Rechtsgrund dafür sah man nicht in der Genehmigung des Staates, sondern in «quaedam juris permissio», einer gewissen eigentümlichen Erlaubnis (nämlich der *lex Omnes populi*, *Dig.* 1,1,9)[33], wir würden sagen: einer städtischen Autonomie. Die Vernunftrechtler haben dann diese Autonomie verworfen. Hobbes lehrt 1651 im *Leviathan*, dass Sondergesetze von Provinzen nur «durch die souveräne Macht», also durch Billigung des Staates, nicht durch den Leiter der Provinz,

[31] Zum Folgenden J. SCHRÖDER, *Politische Aspekte des Naturrechts in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts: Die Begründung des staatlichen Rechtserzeugungsmonopols*, in D. KLIPPEL (Hrsg.), *Naturrecht und Staat*, S. 19-34.

[32] Jedenfalls 1. in eigenen Angelegenheiten ULRICH ZASIUS, *Opera omnia*, hrsg. von JOHANN ULRICH ZASIUS - JOACHIM MÜNSINGER VON FRUNDECK, I, Lyon 1550, ND Aalen 1964, Sp. 261, Rn. 6; JOHANNES SCHNEIDEWIN, *In IV Institutionum imperialium D. Iustiniani libros commentarii*, hrsg. von M. WESENBECK, Straßburg 1575, lib. 1, tit. 2, § «ius autem civile», Rn. 14, S. 17; DOMINICUS ARUMAEUS, *Dissertatio de civitatibus* (Resp. Georg Gumpelzhaimer), Jena 1618, Nr. 286; MATTHIAS STEPHANI, *Tractatus de jurisdictione* ..., Frankfurt 1623, lib. 1, p. 2, cap. 2, Rn. 45 ff., S. 339; BALTHASAR CONRAD ZAHN, *Ichnographia municipalis*, Frankfurt 1657², cap. 37, Rn. 4, S. 278 f. Darüber hinaus besteht 2. eine Rechtsetzungsbefugnis auch bei *iurisdictio*: SEBASTIAN MEDICES, *Tractatus de legibus et statutis*, in: *De legibus, statutis et consuetudine tractatus aliquot doctissimi* ..., Coloniae 1574, p. 1, qu. 24, Nr. 5, S. 69; ULRICH ZASIUS, wie vories Zitat; JOHANNES SCHNEIDEWIN, wie voriges Zitat; DOMINICUS ARUMAEUS, *Dissertatio de civitatibus*, Nr. 93; MATTHIAS STEPHANI, *Tractatus de jurisdictione*, lib. 1, cap. 33, Rn. 61. *Iurisdictio* muss nicht vom Landesherrn abgeleitet sein, sondern kann auch auf Kauf, Schenkung, Gewohnheit oder unvordenklicher Verjährung beruhen: DOMINICUS ARUMAEUS, *Dissertatio de civitatibus*, Nr. 279, MATTHIAS STEPHANI, *Tractatus de jurisdictione*, lib. 1, cap. 38, Rn. 33/34, S,. 239 (Verjährung), Rn. 46, S. 240 (Gewohnheit).

[33] So ALBERICUS A ROSATE, *De statutis*, in *Tractatus de statutis diversorum autorum* ..., Frankfurt a.M. 1608, lib. 1, qu. 5, Nr. 1/2, S. 3; JOHANNES HALBRITTER (Praes.), *Disputatio de materia statutorum, utili et quotidiana, ex l. omnes populi*, ff. de Iustitia et Iure (Resp. Johannes Friedrich Regulus), Tübingen 1595, th. 2; HEINRICH BOCER, *Disputationum de universo, quo utimus, iure* ... pars prima, Tübingen 1612, disp. 3, Rn. 39, S. 23; BALTHASAR CONRAD ZAHN, *Ichnographia municipalis*, Frankfurt a.M. 1657², cap. 37, Rn. 9, S. 279 f.: «quaedam juris permissio», unter Berufung auf Baldus.

entstehen[34], und Pufendorf erklärt 1672, die Provinz habe keine eigene, sondern nur eine vom Gesamtstaat abgeleitete Gesetzgebungsmacht[35]. Kurz vor 1700 fängt offenbar auch die nicht naturrechtliche Literatur an, sich von der alten Autonomielehre zu distanzieren (so etwa 1694 Caspar Heinrich Horn und 1698 Caspar Ziegler)[36]. Am Ende des 18. Jahrhunderts unterwirft dann z.B. das preußische *Allgemeine Landrecht* die städtischen Statuten einer staatlichen Genehmigung (II 8 § 117). Die alte Rechtssetzungsautonomie der intermediären Gewalten ist verschwunden, alles gesetzte Recht geht jetzt auf den Staat zurück[37].

2. Ähnlich verläuft die Entwicklung beim Gewohnheitsrecht[38]. Ursprünglich genügte für die Entstehung von Gewohnheitsrecht eine vom Volk gebilligte Übung[39]. Das Volk setzte hier also das Recht, obwohl Recht,

[34] THOMAS HOBBES, *Leviathan* (1657, dt. Übers., hrsg. von H. KLENNER, Hamburg 1996), cap. 26, S. 227.

[35] SAMUEL PUFENDORF, *De iure naturae*, lib. 7, cap. 5, § 16, S. 690. Ebenso JUSTUS HENNING BÖHMER, *Introductio*, pars spec., lib. 2, cap. 3, § 23 mit Anm. g, S. 399.

[36] CASPAR HEINRICH HORN (Praes.), *De confirmatione statutorum municipalium per superiorem* (Resp. Johannes Friedrich Meyer), Wittenberg 1694, § 5; CASPAR ZIEGLER, *De juribus majestatis, tractatus academicus*, Wittenberg 1698, lib. 1, cap. 4, §§ 16, 17, S. 118 f. Später dann mit naturrechtlicher Begründung: JUSTUS HENNING BÖHMER (Praes.), *De natura statutorum quae in civitatibus provincialibus conduntur eorumque obligandi principio* (Resp. Christian Siegfried Nesenius), 1721, in DERS., *Exercitationes ad Pandectas*, hrsg. von G.L. BÖHMER, tom. 1, exerc. 15, Hannover und Göttingen 1745, S. 649-665, sowie AMANDUS CHRISTIAN DORN, *Dissertationem inauguralem Petri Holtzmanni De pactis dotalibus ... praevia decenti invitatione indicit in veritatem paroemiae: Stadt-Recht bricht Land-Recht: Land-Recht bricht gemeine Rechte inquirens*, Kiel 1748, S. II-IV. Weitere Nachweise bei J. SCHRÖDER, «*Stadtrecht bricht Landrecht*», zu Anm. 48 ff.

[37] Zum Ganzen J. SCHRÖDER, «*Stadtrecht bricht Landrecht». Zur Konkurrenz von Rechtsquellen in der frühen Neuzeit*, in F. DORN - J. SCHRÖDER (Hrsg.), *Festschrift für Gerd Kleinheyer zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2001, S. 477-491, hier S. 484 ff.

[38] Zum Folgenden S. BRIE, *Die Stellung der deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit zum Gewohnheitsrecht*, in *Festgabe für Felix Dahn zu seinem 50. Doktorjubiläum*, Bd. 1, Breslau 1905, S. 131-164, sowie J. SCHRÖDER, *Zur Vorgeschichte der Volksgeistlehre.Gesetzgebungs- und Rechtsquellentheorie im 17. und 18. Jahrhundert*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung», 109, 1992, S. 1 ff., hier S. 34 ff.

[39] Keine Zustimmung des Gesetzgebers verlangen z.B. MELCHIOR KLING, *In quatuor Institutionum iuris principis Iustiniani libros enarrationes*, Lyon 1557, S. 14, Nr. 1; HUGO DONELLUS, *Commentarii de iure civili* (1589 ff.), in DERS., *Opera omnia*, hrsg. von O. HILLIGER, I, Lucca 1757, lib. 1, cap,. 10, § 1, Sp. 65; JOHANNES HARPPRECHT, *Commentarius in IV libros Institutionum iuris civilis* (zuerst 1626), I, Frankfurt a.M. 1708[3], lib. 1, tit. 2, § sine scripto, S. 48; THEODOR REINKINGK, *Tractatus de regimine seculari et ecclesiastico* (1619), Frankfurt a.M. 1651[5], lib. 2, class. 2, cap. 9, Nr. 1, S. 834.

als Gesetzesrecht, sonst nur durch den Landesherrn und die Stände entstehen konnte. Nach der Etablierung des Vernunftrechts in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts beginnt man allmählich diesen Widerspruch zu empfinden. Hobbes hatte schon 1642 erklärt, Gewohnheitsrecht könne nicht aus eigener Kraft (des Volkes), sondern nur aufgrund «der Einwilligung des höchsten Herrschers» entstehen[40]. In Deutschland wirft z.B. Adam Friedrich Glafey 1720 der traditionellen Lehre vor, sie wolle «das Volck über den Principem setzen»[41]. Die Mehrheit der Autoren verlangt nun zur Entstehung des Gewohnheitsrechts eine mindestens stillschweigende Zustimmung des Monarchen[42]. Im Laufe des 18. Jahrhunderts radikalisiert sich die gewohnheitsrechtsfeindliche Lehre immer mehr, insbesondere soll derogatorisches Gewohnheitsrecht nur noch durch spezielle Zustimmung des staatlichen Gesetzgebers entstehen können. Die großen Aufklärungskodifikationen beseitigen dann mehr oder weniger das Gewohnheitsrecht überhaupt[43]. Auch in diesem Punkt setzt sich also das staatliche Rechtserzeugungsmonopol durch.

3. Die letzte und äußerste Konsequenz des Rechtsschöpfungsmonopols ist, daß auch das Naturrecht hinter das staatliche Recht zurücktritt[44]. Noch im frühen 17. Jahrhundert war das ganz undenkbar. Das göttliche Recht und das Naturrecht hatten absoluten Vorrang vor dem positiven

[40] THOMAS HOBBES, *De cive*, cap. 14, § 15, S. 227, *ders.*, *Leviathan*, cap. 26, S. 225. Im deutschen Naturrecht JUSTUS HENNING BÖHMER, *Introductio*, pars spec., lib. 2, cap. 3, § 17, S. 392; überhaupt gegen das Gewohnheitsrecht als selbständige Rechtsquelle CHRISTIAN THOMASIUS, *Dissertatio inauguralis juridica sistens conjecturas de jure consuetudinis et observantiae* (Resp. Petrus Herff), Halle 1699.

[41] ADAM FRIEDRICH GLAFEY, *Grund-Sätze der Bürgerlichen Rechts-Gelehrsamkeit nach Ordnung derer Institutionum*, Leipzig 1720, S. 29 f.

[42] Schon GEORG ADAM STRUVE, *Syntagma iurisprudentia, secundum ordinem Pandectarum concinnatum* (1658), Jena 1672[5], exerc. 2, Nr. 19, S. 55. Noch weiter gehend GOTTLIEB GERHARD TITIUS, *Juris privati Romano-Germanici ... libri II*, Leipzig 1724[2], lib. 1, cap. 7, § 5, S. 76.

[43] Nachweise zum späten 18. Jahrhundert bei J. SCHRÖDER, *Volksgeistlehre*, S. 40 ff., sowie H. KRAUSE, Art. *Gewohnheitsrecht*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 1 (1971), Sp. 1675 ff., hier Sp. 1681 f. Das preußische Allgemeine Landrecht von 1794 schließt Gewohnheitsrecht ganz aus (Einl. § 60), das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch von 1811 jedenfalls dann, wenn nicht ein Gesetz darauf verweist (§ 10).

[44] Zum Folgenden J. SCHRÖDER, *«Naturrecht bricht positives Recht» in der Rechtstheorie des 18. Jahrhunderts?*, in D. SCHWAB u.a. (Hrsg.): *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat*, Berlin 1989, S. 419 ff.; DERS., *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule*, München 2001, S. 18 f., hier S. 110-112.

Recht. Ja, man nahm sogar an, daß ein Gesetz, das dem Naturrecht widersprach, überhaupt kein Gesetz und kein Recht sei[45]. Selbst die älteren Vernunftrechtler wagen noch nicht, offen gegen diese Vorstellung zu opponieren. Denn solange Gott als Schöpfer des Naturrechts galt, konnte man unmöglich dem menschlichen Recht den Vorzug geben. So meint auch noch Hobbes, selbstverständlich gelte das naturrechtliche Verbot von Diebstahl, Totschlag und Ehebruch auch im Staat. Allerdings habe der Staat die Definitionsmacht über diese Begriffe. Nicht jede Tötung eines Menschen sei ein Totschlag und nicht jeder Beischlaf ein Ehebruch, «sondern nur der von den bürgerlichen Gesetzen verbotene»[46]. Damit beginnt die Auflockerung und allmähliche Auflösung der alten Lehre. Pufendorf, Thomasius und Christian Wolff benutzen die Formel, daß der Staat naturrechtliche Ge- und Verbote zwar nicht aufheben, aber durch «Duldung» des naturrechtswidrigen Verhaltens außer Kraft setzen könne[47]. Um 1750 eliminieren dann Wolff und seine Schule Gott endgültig aus dem Naturrecht[48] («Woher weiß ich es, daß es Gott will? », fragt 1762 Joachim Georg Darjes[49]). Danach tritt der Vorrang des positiven Rechts immer unverhüllter hervor. Die Aufklärungskodifikationen beseitigen das Naturrecht, oder setzen es hinter das positive Recht zurück[50], und 1808 heißt es bei Gottlieb Hufeland nur noch kurz: «Alle gültigen positiven Gesetze gehen den natürlichen vor»[51]. So ist am Ende des 18.

[45] THOMAS VON AQUIN, *Summa theologiae*, II 1, quaest. 95, art. 2, Abschnitt «Respondeo»: «Si vero (sc. humana lex) in aliquo a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio»; FRANCISCO SUAREZ, *Tractatus de legibus ac deo legislatore*, 1612, lib. 3, cap. 19, § 11, S. 252 («Lex injusta non est lex»).

[46] THOMAS HOBBES, *De cive*, cap. 14, §§ 3, 10, S. 219 f., 223 f.

[47] SAMUEL PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, lib. 8, cap. 1, § 3, S. 745-747; CHRISTIAN THOMASIUS, Fundamenta iuris naturae et gentium (1705), Halle 1718[4], lib. 1, cap. 5, § 53 Anm., S. 157; CHRISTIAN WOLFF, *Ius naturae, methodo scientifica pertractatum*, Bd. VIII, Halle 1748, § 975.

[48] Einzelheiten bei J. SCHRÖDER, «Gesetz» und «Naturgesetz» in der frühen Neuzeit, Stuttgart 2004 (Akademie der Wissenschaften und der Literatur Mainz. Abhandlungen der Geistes- und Sozialwissenschaftlichen Klasse, Jg. 2004/1), S. 26-28.

[49] JOACHIM GEORG DARJES, *Discours über sein Natur- und Völkerrecht*, 1. Teil, Jena 1762, S. 259.

[50] Im *Preußischen Allgemeinen Landrecht* von 1794 ist es als Rechtsquelle nicht mehr vorgesehen, im *Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch* von 1811 nur noch als subsidiäre (§ 7).

[51] GOTTLIEB HUFELAND, *Lehrbuch des in den deutschen Ländern geltenden gemeinen oder subsidiarischen Civilrechts*, Bd. I, Gießen 1808, S. 29.

Jahrhunderts das Rechtsschöpfungsmonopol des Staates in allen Punkten verwirklicht.

### 2. *Die juristische Verselbständigung des Staates und der moderne Völkerrechtsbegriff*

Die zweite wichtige Konsequenz der Lehre vom Staatsvertrag ist die Verselbständigung des Staates gegenüber den Herrschenden. Die ältere politische Doktrin kannte eine solche Verselbständigung noch nicht. So stellt etwa Christoph Besold im ersten Buch seiner *Synopsis politicae doctrinae* (1637) einfach die Herrschenden und die Untertanen einander gegenüber[52]. Ein außer ihnen existierender, rechtlich eigenständiger Staat kommt nicht vor. Das beginnt sich wiederum zu ändern mit Thomas Hobbes, denn nun entsteht eben durch den Staatsvertrag ein neues Gebilde, das nicht mehr mit den einzelnen Menschen identisch ist. Hobbes unterscheidet deshalb von der natürlichen Person, dem Menschen, die fiktive Person des Staates, «persona fictitia»[53]. Im *Leviathan* heißt sie «persona repraesentativa»[54]. Pufendorf begründet die Lehre von der «persona moralis composita». Die einfache «persona moralis» ist ein Mensch, und zwar als moralisches und nicht als physisches Wesen betrachtet (man könnte das «moralis» also auch weglassen), die «persona moralis composita» ist ein Zusammenschluss von Menschen[55].

[52] CHRISTOPH BESOLD, *Synopsis politicae doctrinae* (1623), deutsche Übersetzung der Ausgabe Ingolstadt 1637 hrsg. von L. BOEHM, Frankfurt a.M. u.a. 2000, lib. 1, pars prior (de imperantibus), pars secunda (de subiectione). Zur Entwicklung der Lehre von der Staatspersönlichkeit seit Hugo Grotius siehe O. VON GIERKE, *Die Staats- und Korporationslehre der Neuzeit* (Das deutsche Genossenschaftsrecht, 4), Berlin 1913, S. 318 ff.; U. HÄFELIN, *Die Rechtspersönlichkeit des Staates*, Tl. 1: *Dogmengeschichtliche Darstellung*, Tübingen 1959, S. 29 ff., sowie im Zusammenhang mit der Entstehung des modernen Völkerrechtsbegriffs J. SCHRÖDER, *Die Entstehung des modernen Völkerrechtsbegriffs im Naturrecht der frühen Neuzeit*, in «Jahrbuch für Recht und Ethik», 8, 2000, S. 47-71, hier S. 59 ff.

[53] THOMAS HOBBES, *De homine* (1658), cap. 15, § 1, zitiert nach DERS., *Opera philosophica quae latine scripsit omnia*, hrsg. von W. MOLESWORTH 1839-1845, Bd. 2, ND. Aalen 1961, S. 130.

[54] THOMAS HOBBES, *Leviathan*, cap. 16 am Anfang (lat. Ausgabe S. 123).

[55] SAMUEL PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, lib. 1, cap. 1, § 13, S. 20. Anwendung auf den Staat ibidem, lib. 7, cap. 2, § 13, S. 650. Vgl. auch H. DENZER, *Die Ursprünge der Lehre von der juristischen Person (persona moralis) in Deutschland und ihre Bedeutung für die Vorstellung von der Staatspersönlichkeit*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa* (Atti del terzo congresso internazionale della società Italiana di storia del diritto), Bd. 3, Firenze 1977, S. 1189 ff., hier S. 1199.

Allerdings bleiben diese Theorien zunächst noch unvollkommen; sie erreichen noch keine völlige Verselbständigung des Staates gegenüber den Beherrschten und den Herrschenden. Gegenüber den Beherrschten nicht, weil der Staat nicht als juristische Person neben ihnen steht, sondern aus ihnen *composita*, zusammengesetzt ist. Die berühmten Titelbilder von Hobbes' *Leviathan* machen das anschaulich: Der Staat ist nicht eine eigenständige Größe neben den Menschen, sondern ein einziger riesiger Mensch, der sich aus zahllosen kleinen Einzelmenschen zusammensetzt[56]. Und – das ist eine weitere Konzession an die älteren Vorstellungen – es werden auch die Herrschenden noch nicht deutlich vom Staat getrennt. Nach Hobbes vertritt der Staat nur das Volk, und bei Pufendorf schrumpft er wieder zur einfachen Person zusammen: «Rex est populus», der König ist das Volk[57]. Weder Hobbes noch Pufendorf ziehen also die letzten Konsequenzen aus ihrer Idee der Rechtssubjektivität des Staates. Sie bleiben damit im Einklang mit der völkerrechtlichen Praxis ihrer Zeit, in der eben noch nicht die Staaten, sondern die Könige als Völkerrechtssubjekte agieren[58]. Immerhin erscheint im jüngeren deutschen Vernunftrecht etwa ab 1750, dem positiven Recht vorauseilend, wenigstens für völkerrechtliche Zwecke nicht mehr der Herrscher, sondern das Volk oder schon der «Staat» als Rechtssubjekt[59]. Theoretisch vollendet wird die Theorie vom Staat als juristischer Person dann bekanntlich 1837 von Wilhelm Eduard Albrecht[60].

Ihre praktische Durchsetzung hat womöglich noch länger gedauert. Welche enormen Auswirkungen die Theorie von der Rechtssubjektivität des Staates für die staatsrechtliche Begriffsbildung gehabt hat, brauche ich in diesem Kreis nicht zu erläutern. Ich möchte aber doch beispielhaft auf eine hinweisen, die sich schon in der frühen Neuzeit vollendet,

[56] Dazu H. BREDEKAMP, *Thomas Hobbes visuelle Strategien. Der Leviathan: Urbild des modernen Staates. Werkillustrationen und Portraits*, Berlin 1999.

[57] SAMUEL PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, lib. 7, cap. 2, § 14, S. 652.

[58] Nachweise bei J. SCHRÖDER, *Völkerrechtsbegriff*, S. 59-61.

[59] «Gens» als Völkerrechtssubjekt bei GOTTFRIED ACHENWALL - JOHAN STEPHAN PÜTTER, *Elementa iuris naturae*, §§ 922, 940, 942, 947, 955; LUDWIG JULIUS FRIEDRICH HÖPFNER, *Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gesellschaften und der Völker*, Gießen 1780, §§ 219-222, S. 185-187 (für Bündnisse) und öfter. «Staat» als Subjekt bei IMMANUEL KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, S. 215 f. Weitere Belege bei J. SCHRÖDER, *Völkerrechtsbegriff*, S. 67-69.

[60] Dazu etwa G. HAVERKATE, Art. *Staat* IV., in *Geschichtliche Grundbegriffe*, hrsg. von O. BRUNNER - W. CONZE - R. KOSELLECK, Bd. 6, Stuttgart 1990, S. 64 ff., hier S. 71-73.

nämlich auf die des «Völkerrechts». Der moderne Begriff hängt m.E. in doppelter Hinsicht mit dem Vernunftrecht zusammen. Einerseits verdrängt das Vernunftrecht den alten, römischen Begriff des *ius gentium*, der noch um 1600 herrschend war. Dieses alte *ius gentium* war ein Recht, das allen oder den meisten Staaten gemeinsam sein sollte. Dazu gehörten z.B. auch Eigentum und Sklaverei, also auch innerstaatliches und nicht nur zwischenstaatliches Recht. Die Begriffsbildung beruhte auf der römischen Dreiteilung des Rechts nach seinem Geltungsbereich: Das *ius naturale* galt für alle Lebewesen, das *ius gentium* für alle oder die meisten Völker, das *ius civile* nur für die Bürger eines bestimmten Volkes. Alle diese Rechte waren an sich vernünftig oder zweckmäßig[61]. Diese Dreiteilung wurde hinfällig, als das Vernunftrecht an ihre Stelle eine Zweiteilung setzte zwischen dem vernünftigen Naturrecht einerseits und dem unter Umständen auch unvernünftigen, willkürlichen positiven Recht andererseits[62].

Das Völkerrecht im Sinne des alten *ius gentium* hatte jetzt, also seit Hobbes, keinen ihm eigentümlichen Ort mehr, weil es sowohl zum natürlichen als auch zum positiven Recht gehörte. Nicolaus Hieronymus Gundling stellt fest: «Diese Meinung des Hobbesii, hat eine große Impression gemacht, so daß man hodie diejenigen auslachet, welche ein separates Jus Gentium (sc. im alten Sinne) statuiren wollen»[63]. Das Vernunftrecht zerstört also einerseits den alten Völkerrechtsbegriff. Andererseits zeigt es auch den Weg zu einem neuen. Das Spezifische des neuen Völkerrechtsbegriffs liegt in den beteiligten Rechtssubjekten. Es ist nicht irgendein Recht zwischen Menschen, sondern das Recht zwischen Staaten. Aber um diesen Gedanken fassen zu können, brauchte man eben die vernunftrechtliche Theorie von der Rechtssubjektivität des Staates. Unter Völkerrechtshistorikern

[61] Nachweise zur Begriffsentwicklung vom 16. Jahrhundert bis zu Hobbes und Pufendorf bei J. SCHRÖDER, *Völkerrechtsbegriff*, S. 49-54.

[62] Zur Zweiteilung und zu den Konsequenzen für das alte *ius gentium* THOMAS HOBBES, *De cive*, cap. 14, § 4, dt. Ausg. S. 220; SAMUEL PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, lib. 2, cap. 3, § 23, S. 160; zum neuen, wertneutralen Begriff des positiven Rechts THOMAS HOBBES, *De cive*: Gebot des Gewalthabers an die Bürger; SAMUEL PUFENDORF, *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem* (1673, neue Ausg. hrsg. von G. HARTUNG, Berlin 1997), lib. 2, cap. 12, S. 80 (Dekret des Oberherrschers, das den Bürgern Tun oder Unterlassen vorschreibt), das auch willkürlich sein kann, *Ius Naturae*, lib. 2, cap. 3, § 24, S. 163 («ex nudo legislatoris arbitrio»). Weitere Belege bei J. SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft*, S. 97 f.

[63] NICOLAUS HIERONYMUS GUNDLING, *Ausführlicher Discours über das Natur- und Völcker-Recht*, Frankfurt a.M. - Leipzig 1747², S. 35.

ist es zwar nach wie vor umstritten, wann und warum sich der moderne Völkerrechtsbegriff bildet. Ich halte es aber, mit (u.a.) Arthur Nussbaum und Karl-Heinz Ziegler[64], für unzweifelhaft, daß der entscheidende Einfluss von Hobbes und damit vom Vernunftrecht ausgeht.

### 3. *Die vorstaatlichen Freiheitsrechte des Einzelnen*

Das dritte reformerische Element des Vernunftrechts sehe ich in der Idee von natürlichen, vorstaatlichen Rechten des Einzelnen, die auch im Staat nicht verloren gehen. Die Vorstellung, es gebe angeborene Freiheiten oder Rechte, wie natürliche Freiheit, Leben oder Gesundheit (die «wohlerworbenen» Vermögensrechte lasse ich hier beiseite), ist alt. Sie findet sich nicht erst im 17. Jahrhundert, sondern vereinzelt schon früher, z.B. in einer berühmten *Sachsenspiegel*-Stelle[65]. Lange Zeit hat sie aber keine politisch-staatsrechtlichen Konsequenzen. Die Freiheiten oder Freiheitsrechte konnten durch Gewalt oder Verzicht verloren gehen, und wo historisch keine Freiheit war, bestand auch kein Anspruch darauf. Dabei bleiben auch die älteren Vernunftrechtler stehen. Sie gehen zwar von einer natürlichen Freiheit des Einzelnen aus[66], halten diese aber für veräußerlich. Bei der Staatsgründung geben die Einzelnen ihre vorstaatlichen Rechte auf, soweit das gemeine Wohl es erfordert[67]. Und da der Herrscher dieses gemeine Wohl allein definiert[68], sind die Menschenrechte im Staat so gut wie wirkungslos. Vom älteren Naturrecht führt also noch kein Weg zu den Grund- und Menschenrechten.

[64] A. NUSSBAUM, *Geschichte des Völkerrechts in gedrängter Darstellung*, München u.a. 1960, S. 163; K.-H. ZIEGLER, *Völkerrechtsgeschichte*, München 2007[2], § 37 I 7, S. 158. Zum Meinungsstand J. SCHRÖDER, *Völkerrechtsbegriff*, S. 47 f.

[65] *Sachsenspiegel*, 3. Buch, 42, 6.

[66] Siehe nur etwa SAMUEL PUFENDORF, *De officio*, lib. 2, cap. 1, § 8, S. 62; CHRISTIAN WOLFF, *Institutiones juris naturae et gentium*, § 77, S. 39 f.; GOTTFRIED ACHENWALL - JOHAN STEPHAN PÜTTER, *Elementa iuris naturae*, § 248, S. 84 f. Zu der Frage, ob man hier von «Menschenrechten» sprechen kann, S. MÜLLER, *Gibt es Menschenrechte bei Samuel Pufendorf?*, Frankfurt a.M. u.a. 2000.

[67] SAMUEL PUFENDORF, *De officio*, lib. 2, cap. 5, § 4, S. 69; CHRISTIAN WOLFF, *Institutiones juris naturae et gentium*, § 980, S. 601; GOTTFRIED ACHENWALL - JOHAN STEPHAN PÜTTER, *Elementa iuris naturae*, § 270, S. 216 f. Zahlreiche weitere Belege bei D. KLIPPEL, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, Paderborn 1976, S. 48 ff.

[68] SAMUEL PUFENDORF, *De officio*, lib. 2, cap. 7, § 2, S. 73; GOTTFRIED ACHENWALL - JOHAN STEPHAN PÜTTER, *Elementa iuris naturae*, § 672, S. 216 f. Dazu D. KLIPPEL, *Politische Freiheit*, S. 53.

Anders sieht es dann, wie wir vor allem seit den Untersuchungen von Diethelm Klippel[69] wissen, im jüngeren Naturrecht der Kant-Zeit aus. Kant selbst hält die natürliche Freiheit für unverzichtbar, den Verzicht sogar für einen Widerspruch in sich: «Ein Vertrag aber, durch den ein Teil zum Vorteil des anderen auf seine Freiheit Verzicht tut, mithin aufhört, eine Person zu sein ... (sc. ist) in sich selbst widersprechend, d.i. null und nichtig»[70]. Es ist jetzt geradezu die Hauptaufgabe des Staates, solche individuellen Rechte des Einzelnen zu schützen[71]. Entsprechende Vorstellungen setzen sich im jüngeren deutschen Vernunftrecht bei den meisten Autoren durch. Das jüngere Vernunftrecht wird also auch zur (deutschen) theoretischen Grundlage für die verfassungsmäßige Garantie von Grund- und Menschenrechten.

### 4. *Zusammenfassende Überlegungen*

So werden also schließlich drei Grundgedanken des deutschen Vernunftrechts bis zum Ende des 18. Jahrhunderts verwirklicht. Auffällig und erklärungsbedürftig ist aber, warum sie sich nicht alle gleichzeitig, sondern einmal früher, einmal später durchsetzen: Das Rechtsschöpfungsmonopol wird vergleichsweise schnell realisiert. Dagegen braucht die Theorie der Staatsperson fast zwei Jahrhunderte für ihre Vollendung. Und auch die theoretischen Konsequenzen aus dem Gewaltmonopol des Staates einerseits und der natürlichen Freiheit des Einzelnen andererseits zieht erst das jüngere Vernunftrecht. Wie erklärt sich dieses «Vernunftrecht der unterschiedlichen Geschwindigkeiten»? Ich meine, dass man sich vor allem zwei Umstände vor Augen halten muss. Zum einen eilten die Grundgedanken des Vernunftrechts der politischen Wirklichkeit ihrer Zeit in vielen Punkten weit voraus. So etwa der Gedanke einer Staatspersönlichkeit, der die regierenden Monarchen zu bloßen Staatsorganen herabstufte, oder der Gedanke unveräußerlicher Rechte des Einzelnen, der in der Mitte des 17. Jahrhunderts noch völlig irreal erscheinen musste.

[69] D. Klippel, *Politische Freiheit*.

[70] Immanuel Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, S. 117. Weiterhin z.B. Johann Christian Gottlieb Schaumann, *Versuch eines neuen Systems*, S. 288; Johann Christoph Hoffbauer, *Naturrecht*, S. 91; Karl Heinrich Heydenreich, *System des Naturrechts*, S. 198; Johann Adam Bergk, *Untersuchungen aus dem Natur-, Staats- und Völkerrechte mit einer Kritik der neuesten Konstitution der französischen Republik*, Leipzig 1796, S. 11; Johann Gottlieb Buhle, *Lehrbuch des Naturrechts*, Göttingen 1798, S. 88; Theodor Schmalz, *Das reine Naturrecht*, Königsberg 1795[2]. Zum Ganzen D. Klippel, *Politische Freiheit*, S. 124 ff.

[71] Ausführlich D. Klippel, *Politische Freiheit*, S. 131 ff.

Vielleicht deshalb werden diese Lehren zunächst nur halbherzig und in Kompromissform präsentiert. Zum anderen ist zu bedenken, dass sich noch bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts eine theologische Begründung des Vernunftrechts behauptet[72]. Wenn das Naturrecht und der Naturzustand letztlich von Gott stammten, dann musste man Bedenken haben, ihnen das positive Recht und den Staat überzuordnen. Offenbar beseitigt erst ein Säkularisierungsschub um 1750[73] solche Hemmungen.

Aber natürlich kann ich nicht ausschließen, daß diese Erklärungen ungenau und unvollständig sind. Das Vernunftrecht ist trotz aller, manchmal sehr lautstarken Aktivitäten, bisher sehr ungleichmäßig erforscht, vor allem wissen wir über die mittlere Phase noch erstaunlich wenig. Es bleibt, wie ich meine, noch viel zu tun.

## III. Die traditionellen Elemente des Vernunftrechts: Die Abwehr der Volkssouveränität

Zu den reformerischen Elementen des Vernunftrechts könnte man, wie schon gesagt, eigentlich auch den Gedanken der Volkssouveränität rechnen, da ja nun einmal das Volk den Gesellschafts- und Unterwerfungsvertrag schließt. Die Volkssouveränität setzt sich aber auch im jüngeren Vernunftrecht nicht wirklich durch, weil sie mit Hilfe von traditionellen Lehrstücken neutralisiert wird.

### 1. *Die Gleichwertigkeit aller Regierungsformen*

Das erste dieser traditionellen Dogmen ist, daß die Demokratie keinen unbedingten Vorzug genießt. Die aristotelische Lehre von den drei Staatsformen, Monarchie, Aristokratie und Volksherrschaft (bei Aristoteles «Politie») liegt bis in das 18. Jahrhundert hinein auch den vernunftrechtlichen Lehrbüchern zu Grunde, und eine ausdrückliche Bevorzugung einer bestimmten Regierungsform lässt sich nicht erkennen. Sogar Hobbes hält es für möglich, die Herrschaft nicht nur auf einen einzelnen, sondern auch auf eine «Versammlung» zu übertragen[74]. 1750

[72] Belege bei J. Schröder, *Gesetz*, S. 23-25.

[73] Siehe oben zu Anm. 48 ff.

[74] Thomas Hobbes, *De cive*, cap. 5, § 6, dt. Ausg. S. 128. Letztlich bevorzugt Hobbes aber die Monarchie, wie sich besonders aus cap. 10, §§ 17, 18, S. 186 f. und cap. 11, S. 187 ff. ergibt.

formuliert Achenwall: «Die Bestimmung der Herrschaft selbst und der Person des Herrschers kann ... unterschiedlich gestaltet sein. Beides kann in verschiedenen Staaten und in einem Staat zu verschiedener Zeit in verschiedener Weise geregelt werden»[75]. Immerhin denken wohl die meisten Autoren, ohne es zu sagen, entsprechend den Zeitumständen an eine Monarchie. Dezidierte Anhänger der Demokratie finden sich, bevor der Gedanke der Repräsentation durchdringt[76], kaum.

Das jüngere Naturrecht bringt einige neue Ansichten hervor, aber keine prinzipielle Änderung. So fassen z.B. August Ludwig Schlözer und Kant jetzt ein Repräsentativsystem ins Auge, das auch in größeren Staaten eine funktionierende Demokratie ermöglichen würde[77]. Beide sprechen sich denn auch für Regierungsformen aus, bei denen das Volk wenigstens mitbeteiligt ist, und Kant verlangt sogar vom Herrscher, daß er die Verfassung «allmählich und kontinuierlich» in die «einzig rechtmäßige(n) Verfassung», nämlich die «einer reinen Republik» verwandle[78]. So weit gehen allerdings die wenigsten Vertreter des jüngeren Vernunftrechts[79]. Meistens bleiben sie bei der Gleichwertigkeit der überkommenen Staatsformen stehen und verweisen die Frage nach dem Vorzug der einen oder der anderen in die Politik[80]. In der Frage der richtigen Staatsverfassung

[75] GOTTFRIED ACHENWALL - JOHAN STEPHAN PÜTTER, *Elementa iuris naturae*, § 731, S. 240 f.

[76] Noch *ibidem* §§ 775, 776, S. 252-255, wird angenommenen, dass grundsätzlich immer das Volk selbst entscheidet und nur einzelne Angelegenheiten auf Ausschüsse und Behörden überträgt, ähnlich CHRISTIAN WOLFF, *Institutiones juris naturae et gentium*, § 999, S. 612 f., der mit der Einrichtung eines «Senats» helfen will, wenn das Volk nicht täglich (!) zusammenkommen kann.

[77] AUGUST LUDWIG SCHLÖZER, *Allgemeines StatsRecht und StatsVerfassungslere*, Göttingen 1793, S. 152; IMMANUEL KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, S. 175, 213. Zur Lehre von der parlamentarischen Repräsentation in Frankreich und Deutschland am Ende des 18. Jahrhunderts H. HOFMANN, *Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, Berlin 1974, S. 406 ff.; A. PODLECH, *Repräsentation*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 5, 1984, S. 509 ff., hier S. 525 ff.

[78] IMMANUEL KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, S. 212.

[79] Einer der wenigen Befürworter der Demokratie ist JOHANN ADAM BERGK, *Untersuchungen aus dem Natur-, Staats- und Völkerrechte*, S. 94. Vgl. auch D. KLIPPEL, *Politische Freiheit*, S. 150-152, 181 f.

[80] Verweisung in die Politik bei JOHANN GOTTLIEB BUHLE, *Lehrbuch des Naturrechts*, S. 304; JOHANN CHRISTIAN GOTTLIEB SCHAUMANN, *Versuch eines neuen Systems des natürlichen Rechts*, S. 341. Beschreibung der Regierungsformen ohne Stellungnahme bei KARL HEINRICH HEYDENREICH, *System des Naturrechts*, S. 228 f.; JOHANN CHRISTOPH HOFFBAUER

enthält also auch das jüngere Vernunftrecht kein nennenswertes Reformpotential zugunsten der Volkssouveränität.

## 2. *Die Bindung der politischen Rechte an die Hausvaterschaft*

Es kommt hinzu, dass die politischen Rechte des Einzelnen schon gar nicht mit den einzelnen Individuen, sondern erst mit der «Familie»[81], dem «Haus» verbunden werden. Dieses setzt sich, entsprechend den seit der Antike bestehenden Vorstellungen, aus den kleineren Gesellschaften zwischen den Eheleuten, den Eltern und den Kindern und Herr und Knecht zusammen. Politisch berechtigt ist also nicht der Mensch, sondern der Hausvater. Daran ändert sich im älteren Vernunftrecht nichts. Von Pufendorf bis Achenwall schließen durchweg die Familien und für sie die Hausväter den Staatsvertrag ab[82]. Aber auch die jüngeren Vernunftrechtler gehen nicht wesentlich darüber hinaus[83]. Selbst eher liberale Autoren bleiben bei der Dominanz der Hausväter. Kant modernisiert die Theorie nur ein bisschen, indem er an die Stelle des Hausvaters den selbständigen Mann setzt, der «irgendein Eigentum» haben muss, sei es auch nur (schöne) Kunst, Handwerk oder Wissenschaft. Aber der «Geselle», der «Dienstbote ..., der Unmündige ...; alles Frauenzimmer, und überhaupt jedermann, der ... nach der Verfügung anderer (außer des

*Naturrecht aus dem Begriffe des Rechts entwickelt*, S. 230 ff.; THEODOR SCHMALZ, *Das natürliche Staatsrecht*, Königsberg 1804², S. 108 ff.

[81] Zur Begriffsgeschichte D. SCHWAB, Art. *Familie*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 2, Stuttgart 1975, S. 253 ff.

[82] SAMUEL PUFENDORF, *De officio*, lib. 2, cap. 5, § 7, S. 70; CHRISTIAN THOMASIUS, *Institutiones iurisprudentiae divinae*, lib. 3, cap. 6, § 33 (Mitglieder der Demokratie sind nur die Familienväter); CHRISTIAN WOLFF, *Institutiones juris naturae et gentium*, § 972, S. 597 (*domus*); GOTTFRIED ACHENWALL - JOHAN STEPHAN PÜTTER, *Elementa iuris naturae*, § 655, S. 210 f.

[83] Bei AUGUST LUDWIG SCHLÖZER, *Allgemeines StatsRecht*, S. 64, schließen den Vertrag «vollbürtige, also freie Hausväter»; JOHANN GOTTLIEB BUHLE, *Lehrbuch des Naturrechts*, S. 228 rechnet zu den vertragschließenden Staatsbürgern nicht Kinder und Knechte, sondern nur Personen mit der «Möglichkeit zum Staatszwecke aus eigenen Kräften und Gütern beyzutragen»; KARL HEINRICH HEYDENREICH, *System des Naturrechts*, S. 219, setzt Vertragschließende voraus, «welche in ihren Gütern oder Kräften Mittel für den Zweck des Staates besitzen»; bei THEODOR SCHMALZ, *Staatsrecht*, S. 29, 32 f., schließen nur die Grundeigentümer den Vereinigungsvertrag. Hier deuten sich die an Zensus und «Selbständigkeit» anknüpfenden Wahlrechte im deutschen Frühkonstitutionalismus an. Zu den Anforderungen auch M. RIEDEL, Art. *Bürger*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 1, Stuttgart 1972, S. 672 ff., hier S. 689 ff., sowie H.-J. BÖHME, *Politische Rechte des einzelnen in der Naturrechtslehre des 18. Jahrhunderts und in der Staatstheorie des Frühkonstitutionalismus*, Berlin 1993, S. 49 ff.

Staats), genötigt ist, seine Existenz zu erhalten, entbehrt der bürgerlichen Persönlichkeit»[84]. Und selbst die politischen Rechte der Hausväter oder selbständigen Männer bleiben folgenlos, da ja kaum einer der jüngeren Vernunftrechtler eine Verfassung empfiehlt, in der sie ihre Rechte ausüben könnten. Allerdings spielt dann die Lehre von der «Selbständigkeit» eine gewisse Rolle in den Wahlrechten des deutschen Frühkonstitutionalismus und der Paulskirche[85]. Der dahinter stehende Gedanke geht jedoch schon auf die antike Politik und nicht erst auf das Vernunftrecht zurück.

### 3. *Die Fiktion des Herrschafts-/Unterwerfungsvertrages*

Drittens schließlich führt auch der «Herrschaftsvertrag» nicht zum Postulat einer realen, auf der Grundlage von Volksbeschlüssen geschriebenen Verfassung. Der Herrschaftsvertrag ist keine vernunftrechtliche Erfindung, sondern war schon lange vorher theoretisch und (jedenfalls seit der englischen *Magna Charta*) praktisch bekannt[86]. Außerhalb realer Vertragsschlüsse spielte er aber für die Begründung und Verteilung der Herrschaft keine sehr bedeutende Rolle. Keinesfalls ergab sich aus ihm die Forderung, Herrschaft nur aufgrund einer vom Volk beschlossenen, geschriebenen Verfassung zuzulassen. Auch daran ändert sich im älteren Vernunftrecht nicht viel. Zwar wird nun der Vertragsgedanke dahingehend verallgemeinert, daß jeder Staatsgründung ein Beschluss oder Vertrag über die Regierungsform und die Unterwerfung unter den Herrscher vorausgehen muss, und daß er die eigentliche Legitimation der Staatsgewalt darstellt. Aber revolutionäre Folgerungen zog man auch daraus nicht.

Man führte eben die jeweils bestehende Herrschaft auf ältere Verträge zurück, sei es auf tatsächlich existierende, auch wenn sie gar nicht mit dem Volk abgeschlossen waren, wie die *leges fundamentales* des alten Reichs (so z.B. Thomasius und Wolff)[87], sei es auf fingierte, «stillschweigend»

[84] IMMANUEL KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, S. 167.

[85] Dazu H.-J. BÖHME, *Politische Rechte des einzelnen*, S. 109 f., zu den einzelnen Verfassungen S. 136 ff.

[86] Dazu G. KLEINHEYER, Art. *Grundrechte, Menschen- und Bürgerrechte, Volksrechte*, in Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 2, S. 1047 ff., hier S. 1048-1054, sowie immer noch O. VON GIERKE, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Breslau 1929$^4$, S. 77 ff.

[87] CHRISTIAN THOMASIUS, *Institutiones iurisprudentiae divinae*, lib. 3, cap. 6, § 131, S. 404; CHRISTIAN WOLFF, *Institutiones juris naturae et gentium*, § 984, S. 603 f. Allerdings wird hier nicht ausdrücklich auf das alte Reich Bezug genommen.

vereinbarte[88]. Erst im jüngeren Vernunftrecht lockern sich die Positionen etwas auf. Die meisten Autoren, wie Kant, halten aber wohl daran fest, daß die bestehende Verfassung nur durch den Herrscher abgeändert werden könne, da das Volk nun einmal schon «unter dem bürgerlichen Gesetze steht»[89]. Nur einige radikale Schriftsteller wie Wedekind und Bergk verlangen in der Tat eine Konstitution auf der Grundlage einer neuen bürgerlichen Übereinkunft[90]. Aber eine mehrheitliche Forderung nach neuen, vom Volk beschlossenen Verfassungen, findet man auch im jüngeren Vernunftrecht nicht.

[88] Nachweise bei J. ROLIN, *Der Ursprung des Staates*, S. 43 f. Die Bindung später – durch Geburt oder Einwanderung – hinzugekommener Bürger wird offenbar durch Vererbung oder wiederum durch stillschweigende Zustimmung bewirkt, siehe CHRISTIAN WOLFF, *Ius naturae, methodo scientifica pertractatum*, S. VIII, Halle 1748, § 418 Anm., S. 311 (Bindung der Kinder, allerdings ist nur vom Übergang der «Rechte» die Rede), § 416 Anm., S. 310 (Bindung von Eingewanderten).

[89] IMMANUEL KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, S. 174. Weitere Belege bei D. GRIMM, Art. *Verfassung* II., in *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 6, S. 863 ff., hier S. 870 f.

[90] GEORG WEDEKIND, *Die Rechte des Menschen und Bürgers ...* (1793), S. 766; JOHANN ADAM BERGK, *Untersuchungen aus dem Natur-, Staats- und Völkerrechte*, S. 81 (gegen die Annahme stillschweigender Unterwerfungsverträge), zitiert nach D. GRIMM, Art. *Verfassung* II., S. 871 f., dort auch weitere Nachweise. Zur Bedeutung des Staats- bzw. Verfassungsvertrages im jüngeren Vernunftrecht ausführlich J. ROLIN, *Der Ursprung des Staates*, S. 130 ff.

*Résumé*

I FONDAMENTI DEL DIRITTO PUBBLICO NEL GIUSNATURALISMO DEL XVII E XVIII SECOLO

Il giusrazionalismo tedesco dei secoli XVII e XVIII, influenzato in modo decisivo da Thomas Hobbes, offre un nuovo, semplice fondamento al diritto pubblico. Esso fa derivare il diritto pubblico non più dal diritto di ciascun sovrano, ma dalla totalità dello Stato. Il diritto pubblico è inteso come un prodotto del patto di unione e di soggezione e, in particolare, come un prodotto della comunità per questa via formatasi.

I. Le conseguenze riformatrici di questa concezione giuspolitica sono senza dubbio già presenti *in nuce* nel primo giusrazionalismo (ricordiamo tra gli altri Hobbes, Pufendorf, Thomasius, Christian Wolff), anche se non vi sono ancora sviluppate in modo compiuto. Esse saranno compiutamente sviluppate e teorizzate infatti solo dal giusrazionalismo più recente (a partire dal 1780), di modo che si potrebbe parlare di un «diritto di ragione a velocità diverse». I principali elementi riformatori della dottrina giusrazionalistica dello Stato sono i seguenti:

1. Il monopolio statale della produzione del diritto e dell'uso legittimo della forza. Da un simile presupposto si genera anche una nuova partizione fra diritto privato e pubblico. Il diritto pubblico d'ora in avanti non sarà più solo il diritto dello Stato, ma includerà ogni materia giuridica che implichi la coercizione statale. Diversamente da quanto accadeva fino alla metà del XVIII secolo, quindi, anche il diritto penale, quello processuale e in particolare l'esecuzione forzata rientrano ora nella sfera del diritto pubblico. Al tempo stesso, il monopolio statale della produzione del diritto dà vita ad una nuova gerarchia delle fonti del diritto: l'autonomia normativa dei corpi intermedi, come i comuni e le province, viene marginalizzata e assoggettata all'approvazione dello Stato. Ogni diritto non statale o consuetudinario è condizionato ad un'autorizzazione statale, mentre anche il diritto metapositivo, che tradizionalmente si poneva al di sopra dello Stato (il diritto naturale), è destituito di significato e ridotto al rango di una fonte di diritto inferiore e sussidiaria rispetto al diritto positivo.

2. L'acquisizione da parte dello Stato di un'autonomia giuridica. Lo Stato in quanto tale diventa a poco a poco un soggetto giuridico. Quest'evoluzione ha inizio con Hobbes e con Pufendorf. All'inizio per verità i concetti di «sovrano» e di «Stato» non si distinguono ancora con chiarezza. È solo nell'idea giusnaturalistica dello *ius gentium* del XVIII secolo inoltrato che

lo Stato o, meglio, la *gens* comparirà per la prima volta come un soggetto giuridico autonomo, e soltanto nel 1837 Wilhelm Eduard Albrecht enuncerà in modo compiuto la teoria dello Stato come persona giuridica. L'acquisizione da parte dello Stato di un'autonomia giuridica che prende così l'avvio ha in ogni caso grande importanza nell'elaborazione della moderna concezione del diritto internazionale ad opera di Hobbes e di Pufendorf.

3. L'idea di diritti e libertà fondamentali degli individui che preesistono allo Stato. Anche quest'idea si afferma in realtà solo con il giusrazionalismo maturo del tardo XVIII secolo. Quello di epoca precedente infatti riconosceva indubbiamente una libertà naturale dell'individuo, ma la riteneva alienabile. Solo con il giusrazionalismo dell'età di Kant la libertà naturale diventa inalienabile e assume così una sostanziale capacità di difesa degli individui anche di fronte allo Stato (Diethelm Klippel).

II. Ci sono tuttavia anche elementi tradizionali del giusrazionalismo che hanno svolto un'azione opposta, e ai quali si deve in primo luogo il fatto che anche nel giusrazionalismo più recente il principio della sovranità popolare, per quanto insisto in qualche modo nell'idea stessa di un contratto sociale da cui ha origine lo Stato, 'non' si sia mai affermato. Questo principio è rigettato in base a tre enunciati tradizionali:

1. L'equivalenza delle forme di governo. In forza della tradizione aristotelica, domina fino alla fine del XVIII secolo l'idea che tutte le forme di governo nella sostanza si equivalgano. Ancora verso il 1800, infatti, sono assai pochi gli autori che ritengono preferibile la democrazia.

2. La dipendenza dei diritti politici dalla qualità di capofamiglia. Secondo la dottrina tradizionale la famiglia era la risultante di tre diversi rapporti sociali: quello fra marito e moglie, quello fra genitori e figli, quello fra padrone e servi. Soltanto al capofamiglia competevano i diritti politici. Questo schema, per quanto avesse subito delle modifiche, alla fine del XVIII secolo non era stato ancora integralmente abolito: per il riconoscimento dei diritti politici a donne, bambini e soggetti a potestà altrui infatti non sussisteva ancora, come prima, alcuno spazio.

3. La finzione giuridica del patto di dominio e rispettivamente di soggezione. I poteri costituiti avevano trovato una legittimazione fino alla prima età moderna nella finzione di un contratto di dominio e rispettivamente di sottomissione. Anche sotto questo profilo fino alla fine del XVIII secolo cambia ben poco. Sono infatti solo casi isolati quelli in cui si pretende che un potere sovrano già affermatosi debba fondare ora la

propria legittimazione in un nuovo patto di dominio concluso con il popolo intero (vale a dire una costituzione).

*Traduzione di Lucia Bianchin*

# IV.

# Lo specchio del XIX secolo / Der Spiegel des 19. Jahrhunderts



# Staatsbegriff und Korporationsbildung zwischen privatem und öffentlichem Recht im Spiegel der Genossenschaftstheorie Otto von Gierkes

von *Gerhard Dilcher*

## 1. *Gierke als Spiegel*

Am Ende unserer Tagung möchte ich versuchen, die verschiedenen betrachteten Problembereiche und Entwicklungslinien noch einmal im Werk Otto von Gierkes gleichsam als einem Spiegel zusammenfassend in den Blick zu nehmen. Warum aber kann uns gerade dieses Werk als Spiegel dienen?

Mit Otto von Gierke möchte ich Ihre Aufmerksamkeit auf den deutschen Juristen der Zeit vor und um 1900 richten, der sich wohl am umfassendsten mit den verschiedenen Gebieten und Grundfragen des Rechts auseinandergesetzt hat[1]: Er bekennt sich selber emphatisch als Germanisten innerhalb der Historischen Rechtsschule, bekämpft als solcher die romanistische Ausrichtung des Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch und erreicht damit auch manche Korrekturen an der Kodifikation, er kritisiert methodisch und theoretisch die Verkürzung des öffentlichen Rechts in der rechtspositivistischen Auslegung von Gerber und Laband, er bricht die Bahn für eine kollektivrechtliche Konzeption des Arbeitsrechts – ist damit damals fast revolutionär für die Anerkennung der Gewerkschaften. Er gründet seine gesamte rechtsdogmatische, rechtspolitische und rechtsphilosophische Haltung auf einen grandiosen Entwurf einer deutschen Rechtsgeschichte unter dem Zeichen des Genossenschaftsrechts[2], dessen

[1] Übersicht und wichtigste Literatur bei H.G. Isele, Art. *Gierke, Otto von*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (künftig *HRG*), 1971$^1$, Bd. 1, Sp. 1684-1687; G. Dilcher, Art. *Gierke, Otto von*, in *HRG*, 2009$^2$, Bd. 2, 10. Lieferung, Sp. 375-379. Zu der hier verfolgten Problematik die Studie von F. Schikorski, *Die Auseinandersetzung um den Körperschaftsbegriff in der Rechtslehre des 19. Jahrhunderts*, Berlin 1978.

[2] Dazu G. Dilcher, *Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: Ein «Juristensozialismus» Otto von Gierkes?*, in «Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno», 3-4, 1974-75, S. 319-365.

Ausarbeitung sein ganzes Leben begleitete. Genossenschaftsrecht ist ihm eine Lehre von den sozialen Verbänden, von Familie, Gilde, Verein, Einung und Bund bis hin zum Staat. Während die Juristen sich heute mit einer geistig-politischen Einordnung Gierkes schwer tun und dabei in ihren Beurteilungen weit auseinander liegen[3], haben Historiker ihn in letzter Zeit als bahnbrechenden Theoretiker einer Sozialgeschichte entdeckt, Otto Gerhard Oexle unter dem Zeichen der Gilde, Peter Blickle unter dem des Kommunalismus, Hans Boldt unter dem Zeichen des Sozialstaats[4]. Neuerdings wird auch deutlich, wie sehr Gierke im soziologischen Werk Max Webers, seines Berliner Studenten, seine Spuren hinterlassen hat[5]. Auch seine Bedeutung für eine historische Rechtsvergleichung wird jetzt anhand seiner Verbindung zum englischen *common law* über den englischen Rechtshistoriker Maitland thematisiert[6], weniger diejenige für eine pluralistische angloamerikanische Demokratietheorie[7].

Inwiefern kann dieser Jurist uns bei der Suche nach den Anfängen des öffentlichen Rechts hilfreich sein? Sein Ansatz verspricht insofern Aufschluss für unsere Fragestellung, als er die kategoriale Trennung des

[3] So sieht der Arbeitsrechtler H.G. Isele (siehe oben, Anm. 1), Gierke auf dem Wege zum Sozialstaatsprinzips des Grundgesetzes, während E. PICKERT, *Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk*, hrsg.von W. SCHÖN u.a., Köln 1997, S. 879-959, ihm im Arbeitsrecht freiheitsverdrängenden Kollektivismus vorwirft. Ein ausgewogenes Bild Gierkes in der damaligen Staatsrechtlehre bei M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, Bd. 2, München 1992, S. 359-363 u.ö.

[4] O.G. OEXLE, *Otto von Gierkes Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*, in N. HAMMERSTEIN, *Deutsche Geschichtswissenschaft um 1900*, Stuttgart 1988, S. 193-217; P. BLICKLE, *Otto Gierke als Referenz? Rechtswissenschaft und Geschichtswissenschaft auf der Suche nach dem Alten Europa*, in «Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte» (künftig «ZNR»), 17, 1995, S. 245-263; H. BOLDT, Art. *Gierke*, in H.U. WEHLER (Hrsg.), *Deutsche Historiker*, Bd. 8, 1982, S. 7-23.

[5] J. WEITZEL, *Dinggenossenschaft und Recht. Untersuchungen zum Rechtsverständnis im fränkisch-deutschen Mittelalter*, 2 Bde, Köln - Wien 1985, hier Bd. 1, besonders S. 64-88; J. WEITZEL, *Max Webers Genossenschaft*, in *Stadt- Gemeinde- Genossenschaft. Festschrift für Gerhard Dilcher*, hrsg. von A. CORDES - J. RÜCKERT - R. SCHULZE, Berlin 2003, S. 361-374; G. DILCHER, *Einleitung*, in M. WEBER, *Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter: Schriften 1889-1894*, hrsg. von G. DILCHER - S. LEPSIUS (Max Weber Gesamtausgabe. Abt. I: Schriften und Reden, 1), Tübingen 2008, sowie G. DILCHER, *Von der Rechtsgeschichte zur Soziologie. Max Webers Auseinandersetzung mit der Historischen Rechtsschule*, in «Juristenzeitung», 62, 2007, S. 105-112.

[6] Dazu B. KÜMIN, *«How good Gierke is». Frederic William Maitland in seinem europäischen Kontext*, in «ZNR», 17, 1995, S. 268-282.

[7] Vgl. etwa G. HEIMANN, *Introduction*, in DERS. (Hrsg.), *Otto Gierke, Associations and Law*, Toronto 1977.

öffentlichen Rechts vom Privatrecht relativiert, indem er daneben eine Unterscheidung von Individualrecht und Sozialrecht stellt[8], im Hinblick auf die Formen der Vergesellschaftung, auf die der Mensch als Gattungswesen zu seiner Selbstverwirklichung angewiesen sei; damit stellt er sich in aristotelische (*animal politicum*) und naturrechtliche (*socialitas*) Tradition. Darum sieht Gierke in dem Auseinanderfallen von rein anstaltlichem Staat und rein individualistischer Gesellschaft die große Gefahr der Moderne, die Heilung dagegen in einer genossenschaftlichen Teilhabe auf allen Stufen der Gesellschaft bis hin zu Teilhabe des Volkes am Staat, eine Haltung, mit der er sich einem deutschen «organischen Liberalismus» des 19. Jahrhunderts zuordnet[9]. Von dieser Konzeption her und zum Zweck der historischen Begründung dieser Konzeption, hat Gierke sein vierbändiges Genossenschaftsrecht geschrieben[10]: 1868 die *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft* als eine Entwicklungsgeschichte, die sich in dialektischen Schritten zwischen Herrschaft und Genossenschaft, Einheit und Vielheit bewegt, wobei der Genossenschaft als Vielheit der Begriff der Freiheit zugeordnet ist. Freiheit und Vielheit (der Individuen) bestimmen ihm, soweit ganz in den Bahnen des Liberalismus der Zeit, den Bereich der Gesellschaft, während das Prinzip der Einheit dem Staate und der Herrschaft zugeordnet ist. Gute und beständige Sozialformen entstehen für ihn aber nur aus einer jeweils historisch angemessenen, dialektisch verstandenen Synthese der beiden Grundprinzipien. Im Jahr 1873 folgt dann die mehr systematisch-dogmatisch angelegte *Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs*; 1881 die *Staats- und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*, die vor allem das antike römische und das mittelalterliche gelehrte gemeine Recht behandelt; schließlich 1913 als später vierter Band die unabgeschlossene *Staats- und*

[8] Gierkes doppelte Unterscheidung wird häufig missverstanden. Zum Begriff Sozialrecht zutreffend H.W. MUNDT, *Sozialpolitische Wertungen in Gierkes privatrechtlichen Schriften*, Frankfurt a.M. 1976, sowie A. JANSSEN, *Otto von Gierkes Methode der geschichtlichen Rechtswissenschaft* (Göttinger Studien zur Rechtsgeschichte, 8), Göttingen u.a. 1974. Gierke akzeptierte daneben die Unterscheidung in öffentliches und Privatrecht durchaus.

[9] E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert*, Berlin 1995[2], besonders S. 147-176; G. DILCHER, *Genossenschaftstheorie und Sozialrecht*. Von beiden Autoren wird auf den Einfluss der Philosophie Hegels hingewiesen, der aber von anderen wieder geleugnet wird.

[10] O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Bd. 1: *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*, Berlin 1868; Bd. 2: *Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs*, Berlin 1873; Bd. 3: *Die Staats- und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*, Berlin 1881; Bd. 4: *Staats- und Korporationslehre der Neuzeit*, Berlin 1913, alle ND Darmstadt 1954 (künftig *GenR* 1, 2, 3, 4).

*Korporationslehre der Neuzeit*, von Gierkes maßgebender Entdeckung des Johannes Althusius von 1880 vorbereitet[11], aber in den Hauptthemen nur bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts durchgeführt. Unsere Analyse soll im Folgenden die für unser Thema relevanten Ausführungen aus den, thematisch viel breiter angelegten, vier Bänden des Genossenschaftsrechts hervorheben und untersuchen, ergänzt um die staatstheoretische Zusammenfassung im Althusius-Buch. Andere, oft stärker staatsphilosophisch ausgerichtete Schriften Gierkes müssen außer Betracht bleiben, würden auch zu den historischen Aspekten weniger beitragen, aber die Einheit der historisch-theoretisch-philosophischen Position bestätigen[12].

Es geht Gierke also um Vergemeinschaftung und Vergesellschaftung in den Rechtsformen von Assoziation und Korporation in einer zweitausendjährigen Geschichte[13]. Schon in den einzelnen Titeln der Bände zeigt sich, dass dabei Staat und Staatsbildung als Teil in dieser Geschichte, aber eben nur als Teil mit einbezogen sind. Schon von daher hat Gierke eine andere Perspektive als sie die Fragestellung nach der Geschichte des Souveränitätsgedankens[14] oder des Verhältnisses des Herrschers zum Recht[15] oder der Geschichte der Gesetzgebung darstellt[16], die viele neuere Untersuchungen leiten. Andererseits spielen alle diese Themenbereiche in seinem Genossenschaftsrecht eine Rolle. Gierkes Werk kann uns darum als ein, viele Perspektiven zusammenfassender Spiegel dienen, in welchem wir ein Bild der Heraushebung des öffentlichen Rechts verfolgen und mit unseren eigenen Beobachtungen vergleichen können. Für Gierke ist dabei,

[11] O. VON GIERKE, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, 1880, 1913[3], ND Aalen 1981[7].

[12] Für unser Thema vor allem: O. VON GIERKE, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien*, Tübingen 1915, ND Aalen 1973.

[13] Dazu vor allem O.G. OEXLE, *Otto von Gierkes Rechtsgeschichte*, sowie G. DILCHER, *Genossenschaftstheorie und Sozialrecht*. Gierke selbst definiert seine Aufgabe in *GenR* 2, S. 1 als Begriffsgeschichte, spricht dabei auch von Denkform.

[14] Dazu neuestens zusammenfassend auf Grund vieler anderer Studien D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Roma - Bari 2004. Weiter H. QUARITSCH, *Staat und Souveränität*, Frankfurt a.M. 1970; DERS., *Souveränität*, Berlin 1986. Für die mittelalterlichen Grundlagen nach wie vor F. CALASSO, *I glossatori e la teoria della soveranità*, Milano 1957[3]. Weiterhin E. CORTESE, Art. *Sovranità (Storia)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Bd. 43, 1990, S. 205-224.

[15] K. PENNINGTON, *The Prince and the Law 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, Berkeley - Los Angeles 1993.

[16] S. GAGNÉR, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Uppsala 1960; W. EBEL, *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland*, Göttingen 1958[2].

durchaus in Anlehnung an die mittelalterliche Definition *superiorem non recognoscens*, öffentliches Recht das, letztlich auf den Staat als auf ein Gemeinwesen der höchsten Ordnung gerichtetes Recht[17]. Dabei können wir also unsere Fragestellung in doppelter Spiegelung betrachten – in dem fernen Spiegel (im Sinne von Barbara Tuchman) von Mittelalter und Früher Neuzeit und in der, uns näheren Spiegelung bei unserem Germanisten um 1900.

Gierke geht dabei allerdings von einigen Voraussetzungen aus, die wir philosophisch und methodisch nicht ohne Weiteres teilen können[18]. Maßgebend ist bei ihm die prägende Kraft des Volksgeistes für die Rechtsentwicklung der Nationen[19], die sich organisch in Altersstufen vollzieht, weiterhin die Darstellung des rechtshistorischen Prozesses als einer Auseinandersetzung von Ideen und Prinzipien[20] auf der Grundlage vor allem des römischen und germanischen Volksgeistes. Doch zeigt schon das Interesse der Sozialhistoriker für Gierkes Werk, wie sehr dieser bei seiner Vorgehensweise, in außerordentlich quellengesättigten Studien, die Erfassung von konkreten Sozialformen und damit von gesellschaftlicher Realität im Auge hat. Wenn Gierke dem römisch-romanischen Volksgeist mehr das Prinzip der Einheit und die Ausrichtung des Rechts auf das Individuum, dem Germanischen dagegen unter dem Zeichen der Assoziation Vielheit und Freiheit im genossenschaftlichen Verband, jenem mehr begrifflich-analytische Schärfe, diesem mehr die Verbundenheit zur sozialen Realität zuordnet, so erkennen wir darin nachvollziehbare Charakterisierungen, wenn wir auch historischen Zuordnungen auf dieser Abstraktionshöhe eher misstrauen. Vor allem aber kann das Gierke'sche Werk die angesprochene Rolle eines abbildenden Spiegels spielen, wenn wir mit den Prinzipien des germanischen und deutschen Rechts im Gierke'schen Sinne die Schicht der Rechtsgewohnheit, des

[17] So *GenR* 2, S. 831: «Der Staat ist die Person gewordene höchste Allgemeinheit. Er unterscheidet sich daher von allen anderen Verbandspersonen dadurch, daß es nichts ihm Aehnliches mehr über ihm gibt». Dazu auch O. von Gierke, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts*, S. 96-97.

[18] Gierke führt die Verbindung von philosophischen Idealismus und Historismus, die schon seit Savigny die Grundlage der Historischen Rechtsschule darstellt, zu einem späten, aber durchaus 'moderneren' Höhepunkt.

[19] Vgl. etwa *GenR* 2, § 2 I: Verschiedenheit der Begriffsbildung je nach der Beschaffenheit des Rechtsbewusstseins eines Volkes, § 22: Der Unterschied der Volksgeister.

[20] Vgl. etwa *GenR* 1, § 2: Kampf, 1. Von Genossenschaft und Herrschaft; 2. Von Persönlichkeit und Dinglichkeit.

Rechtsbewusstseins der weitgehend oralen Volkskultur[21] und damit auch wichtige Züge der allgemeinen Verfassungsgeschichte, mit den romanistischen und kanonistischen Staats- und Korporationslehren dagegen die Geschichte des juristischen und staatstheoretischen Denkens in der Schriftkultur der theologisch, philosophisch und juristisch Gelehrten erfassen wollen[22]. Dann bedarf das so entworfene Bild der historischen Entwicklung nicht mehr des Bezugspunktes in den Volksgeistern und streitenden Ideen, sondern hat eine sozial- und mentalitätsgeschichtliche und wissenssoziologische Grundlage, die wir teilen und von der aus wir diskutieren können. In dieser Weise hat übrigens der historische Materialist Aaron Gurjewitsch die Erkenntnisse der bedeutenden deutschen idealistisch-historistischen Geschichtsschreibung in seine Darstellung des Weltbildes des mittelalterlichen Menschen einbezogen und mit französischer mentalitätsgeschichtlicher Betrachtung verbunden[23]. Ich werde also gewisse idealistische Gedankenführungen Gierkes auf diese soziologische, mentalitäts- und kulturgeschichtliche Ebene herunter projizieren, in der sie meiner Meinung nach verankert ist, ohne dass hierdurch seine konkreten Ergebnisse verfälscht würden[24]. Wir lassen also die begrifflichen Überhöhungen und Zuordnungen Gierkes zurücktreten oder rezipieren sie kritisch, auch wenn sie teilweise den Stoff organisieren. Es bleibt unseres Erachtens ein von genauen Quellenbeobachtungen und historisch sinnvollen Zuordnungen getragenes Geschichtsbild der Entstehung

[21] G. DILCHER, *Normen zwischen Oralität und Schriftkultur. Studien zum mittelalterlichen Rechtsbegriff und zum langobardischen Recht*, Köln - Weimar - Wien 2008.

[22] In seinem Althusius-Buch, O. VON GIERKE, *Johannes Althusius*, S. 325, etwa beschreibt er dies als «Wechselwirkung zwischen der Gedankenbewegung und den Lebensvorgängen». Gierke gelingt es so immer wieder, Aspekte der Ideen- und Wissenschaftsgeschichte mit der Sozialgeschichte zusammenzuführen. Er sieht die konkreten Rechtsfiguren als die Orte der Verbindung beider Aspekte.

[23] A. GURJEWITSCH, Das *Weltbild des mittelalterlichen Menschen*, München 1982 (zuerst russisch Moskau 1972).

[24] Im Ergebnis liegt dies in der Nähe der sehr kritischen Würdigung von P. LANDAU, *Otto von Gierke und das kanonische Recht*, in J. RÜCKERT - D. WILLOWEIT (Hrsg.), *Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit*, Tübingen 1995. Landau verneint die germanistische «historische Rechtsideologie» Gierkes, sieht aber im Genossenschaftsprinzip einen von Gierke entdeckten, weltgeschichtlich wirksamen soziologischen Tatbestand, der im deutschen Mittelalter besonders gut zu erkennen sei (S. 94). Auch der Schüler Gierkes und sozialdemokratische Arbeitsrechtler H. Sinzheimer schrieb in seinem Nachruf von der vergänglichen Hülle eines germanischen Rechtsgeistes, der um die Fülle fruchtbarer Rechtsgedanken gelegt war. Vgl. G. DILCHER, *Genossenschaftstheorie und Sozialrecht*, S. 365.

des Staatsbegriffs und des öffentlichen Rechts[25], das Gierke methodisch bewusst als Begriffsgeschichte und Problemgeschichte entwickelt. An Gierkes Gesamtbild können wir unsere meist mehr aus enger begrenzten Problemfeldern und Forschungsperspektiven gewonnenen Beobachtungen messen, vergleichen und einordnen. Wir haben damit ein uns relativ nahes Spiegelbild ferner Vergangenheiten, das uns helfen mag, die vielen Einzelbilder unserer eigenen Spiegelungen zu ordnen oder zu hinterfragen.

## 2. *Anschauung, Abstraktion und Reflexion in Gierkes Geschichte des Verbandsrechts*

Gierke ist zwar von Fach und Überzeugung Germanist, aber sowohl im römischen wie im mittelalterlichen gelehrten Recht von umfassender Kenntnis. So benutzt er die Volksgeistlehre zu einem Ansatz des Kulturvergleichs, dem er den Strang kirchlichen und kanonistischen Denkens einfügt[26]. Dieser kulturvergleichende Ansatz geht davon aus, dass für die griechische Kultur das Politische zentral war, in der römischen sich einerseits der Staatsgedanke, vor allem aber der Rechtsgedanke in einem auf das Individuum zugeschnittenen Privatrecht entwickelt hatte. Die neu entstehende germanisch-romanische Kultur des Mittelalters, die zunächst unter germanischen Vorzeichen noch ganz von sinnlicher Anschauung ausgeht und erst in einem weit längeren Prozess über Jahrhunderte hin die in der Antike erreichte Abstraktionshöhe des Denkens wiedererlangt, ruht für ihn dagegen auf dem germanischen Gedanken eines zwar undeutlichen, aber doch beherrschenden Rechtsbegriffs[27]. Dieser durchwaltet das gesamte Gemeinschaftsleben, in dem das Individuum noch kaum eine Rolle als gesonderte Person spielt, so dass man sogar von einer Priorität des öffentlichen Rechts sprechen könne; jedenfalls sei das, was später

[25] Dazu überzeugend O.G. OEXLE, «*Begriffsgeschichte*» – *eine noch nicht begriffene Geschichte*, in «Philosophisches Jahrbuch», 116, 2009, Hbd. 2: *Berichte und Diskussionen*, S. 381-400, besonders S. 393-395. Oexle ordnet Gierke hier in die Kant-Tradition zusammen mit Max Weber und Ernst Cassirer ein.

[26] Gierke billigt dem Christentum und dem kanonischen Recht einen hohen Rang bei der Ausbildung der europäischen Kultur zu, sodass Landaus Ansicht, das kanonische Recht sei Gierke eine «illegitime Mixtur» wenig zutreffend erscheint. Richtig ist dabei, dass Gierke die mittelalterlichen Entwicklungen des kanonischen Rechts zum Teil germanistischen Prinzipien zuordnet.

[27] Dazu ausführlich *GenR* 2, S. 6 ff. (§ 2: Der Bildungsgang des deutschen Rechtsbewusstseins), besonders S. 10 mit vielen Ausführungen zu dem Verhältnis zu antikem Denken und Christentum.

als öffentliches und privates Recht unterschieden wird, noch keineswegs getrennt. Der Rechtsgedanke sei damit für die germanische und deutsche Welt weit älter als der Staatsgedanke, der sich gerade in der deutschen Geschichte nur mühsam herausbildet – während die Synthese von Einheit und Freiheit, von Herrschaft und Genossenschaft, der Verbindung von Staat und Volk in einem Gemeinwesen in den Niederlanden, in England und den Vereinigten Staaten sich früher und glücklicher verwirklichen konnte. In diesen Staaten seien herrschaftlich-obrigkeitliche Elemente in der Rechtsform der Anstalt und genossenschaftliche Elemente in der Rechtsform der Körperschaft vereint, während der absolutistische Staat sich einseitig auf das Element der Herrschaft und die Rechtsform der Anstalt stützte.

Während Gierke diese Grundlinien seines Geschichtsbildes schon in Band Eins und Zwei seines *Genossenschaftsrechts* entwickelt, führt er in Band Drei, der eben den Korporationslehren der Antike und des mittelalterlichen gelehrten Rechts gewidmet ist, diesen letzteren Punkt genauer aus. Das ältere deutsche Recht sei, in zwar inhaltreichen und lebensmächtigen, aber formal unvollkommenen und fließenden Rechtsbegriffen zu einer eigentümlichen Denkform für die Rechtswesenheit der die Individualexistenz überragenden Gemeinenexistenzen gelangt, so seine kraftvolle und geschichtsphilosophisch voraussetzungsvolle Formulierung[28]. Die gesamte fernere Entwicklung des Verbandswesens werde dagegen bis heute durch die gelehrte Korporationstheorie bestimmt, die zugleich den juristischen Kern der Geschichte der Staatstheorie ausmache. Diese Korporationstheorie aber sei in ihrem Ursprung italienisch, in ihrem Fortgang europäisch. «Sie wurde gleich allem Modernen vom mittelalterlichen Geist erzeugt, als derselbe die Wiederbelebung des Alterthums vollzog»[29]. In einer Art organischer Kulturtheorie setzt er zunächst eine Phase der Rechtsbildung aus dem «Leben und der Anschauung» voraus, der er überwiegend die deutsche Rechtsentwicklung, die sich im Mittelalter in einer Art kultureller Jugendphase befunden habe, zuordnet. Dabei geht er von einer Stufentheorie dreier rechtskultureller Ebenen aus. Für eine Erhebung der rechtlichen Begrifflichkeit über die Anschauung hinaus in eine höhere Stufe der «Abstraktion» sieht er vor allem das antike römische Recht als beispielhaft an, das dann diese Errungenschaft des Denkens an die mittelalterliche Jurisprudenz vermittelt hat. Auf einer dritten Ebene

[28] So die Zusammenfassung der Erkenntnisse aus Bd. 1 und 2 in *GenR* 3, S. 1.

[29] *GenR* 3, S. 3. Der Satz zeigt deutlich, wie Gierkes kulturgeschichtliche Sicht keineswegs durch einen schlichten Germanismus geprägt war.

kann sich schließlich die Abstraktion zur «Reflexion» erheben[30], und dies vollziehe sich eben in der gelehrten Korporationstheorie des Mittelalters und der Neuzeit, in welcher somit die germanisch-deutschen wie die römischen Elemente, also Anschauung und Abstraktion enthalten und in der höheren Stufe der Reflexion aufgehoben sind. Dabei wird dem Christentum, der Kirche und dem kanonischen Recht immer wieder eine eigenständige wie auch vermittelnde Stellung und Funktion zugemessen.

Seinem Plan gemäß muss Gierke in seinem dritten Band zunächst auf das griechische, vor allem die Staatsphilosophie begründende Denken und sodann auf die juristischen Grundlegungen bei den Römern eingehen[31], Fäden, die er dann im Laufe der historischen Darstellung immer wieder aufnimmt. Für uns ist dabei vor allem interessant, wie er Ulpians grundlegende Definition von *ius publicum* und *ius privatum* keineswegs als überzeitliche kategoriale Festlegungen ansieht[32], sondern ihren ursprünglich didaktischen Zweck hervorhebt und die ganz andersartige moderne kategoriale Abgrenzung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht davon absetzt. Das bedeutet eine radikale Historisierung jener römischen Definition, die damit ihren überzeitlichen kategorialen Charakter verliert und den Raum für eine lange, problemreiche und geistig umkämpfte Entwicklungsgeschichte vom Mittelalter zur Moderne offen hält. Genau diesen historischen Prozess legt Gierke dann in Band Drei und dem unvollendeten Band Vier seines *Genossenschaftsrechts* dar. Dabei ist ihm die Geschichte der Ausdifferenzierung von öffentlichem und Privatrecht eingebettet in eine sowohl von zivilistischer wie von publizistischer Seite vorangetriebene Herausarbeitung des Körperschaftsbegriffs, der in der öffentlich-rechtlichen Perspektive auf den Begriff des Staates als eigenes und eigenartiges Rechtssubjekt hinausläuft.

### 3. *Der deutschrechtliche Körperschaftsbegriff: die Entwicklung der Stadt zum ersten staatlichen Gemeinwesen*

Wir kehren zunächst zurück zur Darstellung der deutschrechtlichen Entwicklung, so wie Gierke sie sieht, also vor allem zu Band Zwei des

[30] *GenR* 3, S. 2 und besonders S. 5.

[31] Zur griechischen Staatsphilosophie *GenR* 3, S. 8 f.; zum römischen Verbandsbegriff *GenR* 3, S. 34 f.; zum römischen Staatsbegriff *GenR* 3, S. 43 f.

[32] Zur Unterscheidung von *ius publicum* und *ius privatum* im römischen Recht und deren Verschiedenheit zum Gegensatz von öffentlichem Recht und Privatrecht, *GenR* 3, S. 35 f., 43, 61 f.

*Genossenschaftsrechts*. Gierke sieht, wie gesagt, durchaus die Anwesenheit und den Einfluss römischer und kirchlicher Rechts- und Staatsgedanken im Frühmittelalter, lässt sie aber weitgehend in dem andersartigen, noch unausgeformten Rechtsdenken des Volksbewusstseins einschmelzen. Mit der Stauferzeit – und darin sind wir ja in unserer Tagungsfolge ganz einig mit ihm – beginnt in breiterer Front ein neues, abstrakteres Rechtsdenken[33]. Erst mit der Rezeption jedoch, also an der Wende zur Neuzeit, kommt die neue gelehrte Korporationslehre in Deutschland an, führte dort, allerdings von dem alten Rechtsbewusstsein gesteuert und in einem vom Protestantismus geprägten Umfeld, zu einer Gegenbewegung, die sich etwa in der Staats- und Rechtslehre des Johannes Althusius und allgemein in dem modernen Naturrechtsdenken ausdrückte.

Inzwischen haben sich aber seit dem Frühmittelalter wichtige Verfassungsentwicklungen im Zusammenspiel von Herrschaftsverhältnissen und dem Rechtsgedanken der Genossenschaft vollzogen. Im Gegensatz zu dem Historiker Georg von Below, der programmatisch vom deutschen Staat des Mittelalters spricht, billigt Gierke dem mittelalterlichen Reich keinen Staatscharakter zu[34]. Der erste Ausdruck des Staatsgedankens auf deutschem Boden bilde sich vielmehr eigenständig in einem ganz anderen Bereich: nämlich in der mittelalterlichen Stadt seit dem 12. Jahrhundert[35]. Die Stadt also ist ihm zunächst das vorantreibende Element zur Entwicklung eines eigenen öffentlichen Rechts in Deutschland auf deutschrechtlichen Grundlagen.

Die neu entstehende Rechtspersönlichkeit der Stadt erwächst aus Elementen der Dinglichkeit und der Personalität. Einerseits beruht sie auf dem Stadtgebiet als Bereich besonderen Rechts und Friedens. Andererseits bildet sich ein innerer, genossenschaftlicher Verband unter allen Stadtbewohnern[36], der zur Stadtgemeinde mit den Vollgenossen der Bürger

[33] *GenR* 2, S. 14.

[34] Dazu *GenR* 2, § 20: Das Reich als Rechtssubjekt, S. 562-572. Mit der Formel «Kaiser und Reich» sei der Weg zu einer einheitlichen Staatspersönlichkeit verbaut.

[35] So die Ergebnisse der folgenden Untersuchungen vorausnehmend, *GenR* 2; S. 573 (Kap. 4: Die Stadtpersönlichkeit): «Wie in allen Beziehungen die Städte als die Geburtsstätten der neuen Gedanken zu betrachten sind, welche den Übergang von der mittelalterlichen Kulturepoche zur modernen angebahnt haben, so vollendete sich hier auch der deutsche Körperschaftsbegriff und erzeugte durch die Erhebung der Stadt zur Person das erste wahrhaft staatliche Gemeinwesen deutscher Bildung». Ähnlich dann wieder weiter unten S. 705.

[36] *GenR* 2, S. 577.

und den Schutzgenossen der übrigen Stadtbewohner wird. Indem die Stadt als eigene Einheit – und dies wird an einer Vielzahl von urkundlichen Quellen nachgewiesen – sich von der Vielheit der Bürger (hier in diesem Sinne *universitas*) abhebt und ihr als städtische 'Gewalt' gegenübertritt, wird sie als Gebietskörperschaft zur eigenen Rechtsperson. In deren Namen handeln dann auch Rat und Bürgermeister nach innen wie nach außen. Diese Stadtpersönlichkeit ist ein personales Gemeinwesen (daher *commune* oder *communitas*), für Gierke ist sie dies sogar mehr denn der römische Staat es ist, der sich eben nur «öffentliche Sache» (*res publica*) nennt. Nach innen übt das städtische Gemeinwesen durch seine Organe öffentliche Gewalt im Namen aller Stadtbewohner. Es ist dadurch zur Person gewordene höchste Allgemeinheit, so Gierkes wohl an Hegel angelehnte Definition des Staates[37]. Es kennt in Deutschland zwar übergeordnete Herrenrechte, von König und Reich oder einzelnen Stadtherren. Da diese jedoch noch keinen Staat repräsentieren, gibt es über der Stadtkommune zwar Herrschaftsrechte, aber keine ihr ähnliche körperschaftliche oder anstaltliche Rechtsperson[38]. Sie ist damit höchste Gemeinexistenz. Nicht nur die Reichsstadt, sondern ebenso die Landstadt ist in ihren inneren Angelegenheiten selbstständiges Gemeinwesen und Person des öffentlichen Rechts. Daraus leitet Gierke den Charakter der Stadt als des ältesten wahrhaft staatlichen Gemeinwesens in Deutschland ab[39]. Dies wird sodann in allen rechtlichen Aspekten breit ausgeführt.

Immer wieder betont Gierke, mit dieser Ausbildung des Körperschaftsbegriffs der Stadt sei diese in den Bereich des öffentlichen Rechts aufgestiegen, damit sei auch eine Scheidung von öffentlichem und privatem Recht gegeben. Die Stadt als Allgemeinheit gehörte dem öffentlichen Recht an, denn es stand als Gemeinwesen unter dem Gedanken des Rechts aufgrund der freien Selbstbestimmung der Bürgerschaft[40]. Dem standen nun die Rechte der Bürger unter sich, ausführlich in den Stadtrechten

[37] *GenR* 2, S. 831 (§ 33: Der Staatsbegriff). Dort folgt die oben Anm. 17 wiedergebene Definition.

[38] *GenR* 2, S. 832 oben.

[39] *GenR* 2, S. 705: «Seit dem 12. Jahrhundert und von da in immer wachsender Klarheit tritt die Stadt als Person des öffentlichen Rechts auf. Dadurch, dass und soweit dies der Fall ist, erscheint die Stadt als das älteste wahrhaft staatliche Gemeinwesen in Deutschland und führt den neu errungenen Staatsgedanken nach außen und innen durch». Ähnlich S. 831 unten.

[40] *GenR* 2, S. 646, 734.

geregelt, als Privatrecht gegenüber[41], wobei aber auch die Stadt gegenüber den Bürgern sich auf die Ebene des Privatrechts begeben konnte[42]. Eine inhaltliche bestimmte Scheidung von öffentlichem und Privatrecht habe sich also zu diesem Zeitpunkt in der deutschen Stadt vollzogen.

Indem Gierke in Band Eins und Zwei seines *Genossenschaftsrechts* den Begriff der Stadtpersönlichkeit und ihren öffentlichrechtlichen Charakter in Deutschland aus der Anschauung der einheimischen Rechtsgedanken und der allgemeinen städtischen Verfassungsgeschichte entwickelt, bedarf er für diese Einordnung keiner doktrinär-wissenschaftlichen Quellen und entsprechender Definitionen – dieser Bereich ist ja gerade dem folgenden, dem dritten Band seines *Genossenschaftsrechts* vorbehalten. Er wendet aber durchaus – unter seiner Fragestellung wie ich meine methodisch gerechtfertigt – auf die tastende Entwicklung in einer nicht gelehrten Rechtskultur spätere Kategorien der begrifflichen Einordnung wie Körperschaft, öffentliches und Privatrecht an. Er belegt aber sein Ergebnis einerseits reichlich mit konkret gefassten Rechtsquellen, legt andererseits die Verwendung des neu gewonnenen Körperschaftsbegriffs in weiteren Bereichen dar[43]. Vor allem zeigt er, wie der sich ausbildende landesherrliche Territorialstaat die von der Stadt erreichten und entwickelten rechtlichen Formen für seine Ausgestaltung einsetzt. Dieser Territorialstaat übernimmt dann in der Neuzeit, aber erst dann die Führung in der weiteren Entwicklung zum Staat[44].

Ganz sicher müssen wir heute noch stärker als Gierke es tat die Einflüsse gelehrten Rechtsdenkens sei es kanonistischer sei es legistischer Provenienz auf die Rechtsentwicklungen auch nördlich der Alpen schon vor der eigentlichen Rezeption in Betracht ziehen, ebenso die europäische Breite der Kommunalbewegung. Doch bleibt es richtig, dass diese sich vor allem als eine Frucht typisch mittelalterlicher regionaler Sozialbewegungen und nicht etwa des antiken Staatsgedankens darstellt.

[41] *GenR* 2, S. 646 ff.

[42] *GenR* 2, S. 646, 826.

[43] *GenR* 2, S. 829 oben: «Der Körperschaftsbegriff, im städtischen Gemeinwesen dem deutschen Rechtsbewußtsein einmal aufgegangen, durchdrang und gestaltete bald alle anderen dafür geeigneten Genoßenschaften des deutschen Rechts».

[44] *GenR* 2, S. 855 ff.

## 4. *Vom römischen Verbandsrecht zur Korporationslehre der mittelalterlichen Legistik und Kanonistik*

Während sich das römische Privatrecht in der Ausrichtung auf die Interessen des Einzelnen als Rechtssubjekt breit entfaltet, führt Gierke aus, werde der römische Staat selbst nicht als Rechtsperson aufgefasst[45]. Er wird vielmehr mit dem jeweils handelnden *populus Romanus* identifiziert, zu dem andererseits der Senat und die einzelnen Magistrate in einer spezifischen rechtlichen Beziehung stehen – mangels eines Rechtssubjekts aber nicht als deren Organe aufgefasst werden können. In dieser Konstellation sieht Gierke auch – und er folgt in diesen Bereichen neben anderen Autoren dem Staatsrecht von Theodor Mommsen – die Tatsache begründet, dass der verfassungsmäßige Übergang von der Republik zum Prinzipat gedanklich relativ problemlos vollzogen werden konnte[46]. Dem entspricht ja auch die in der *lex regia* festgelegte Übertragung der Gewalt vom *populus* auf den *princeps*. Auf der anderen Seite bietet das römische Privatrecht durch seine Ausrichtung auf den Nutzen der Einzelnen (*singuli*) kaum Ansatzpunkte für eine Korporationslehre, wie sich etwa am verbandsrechtlich begrenzten Begriff der *societas*, als reiner Innengesellschaft, zeige[47]. Vielmehr gehören alle diesbezüglichen Begriffe, wie *collegium*, *corpus*, *universitas*, dem *ius publicum* an und sind als Ableitungen vom Staat verstanden[48].

Indem es im römischen Recht an Ansätzen für eine privatrechtliche Körperschaftstheorie überhaupt fehlt, für eine öffentlichrechtliche durch die erwähnte eigentümliche begriffliche Begrenzung wenig Anlass für eine weitere Entwicklung gegeben ist[49], eröffnet sich für das Mittelalter ein breiter offener Raum für Legistik und Kanonistik. Deren Entfaltung gilt es ihm also nun zu verfolgen. Dabei sieht Gierke immer wieder Wechselwirkungen zwischen der Wissenschaft und den tatsächlichen genossenschaftlichen Rechtsbildungen in Kirche und Gesellschaft, die er, als Rechtsbildungen aus der Anschauung, den germanisch-deutschrechtlichen Rechtsprinzipien zuschreibt; während wir diese Zuordnung so nicht einfach akzeptieren,

[45] *GenR* 3, S. 43, 50,

[46] *GenR* 3, S. 48.

[47] *GenR* 3, S. 40 ff.

[48] *GenR* 3, S. 61-106.

[49] *GenR* 3, S. 186 ff. Wir überschlagen hier die von Gierke geschilderte Entwicklung der Spätantike: Das Christentum und der antike Verbandsbegriff und Die Korporationstheorie des Corpus Iuris Civilis.

schätzen wir die Öffnung einer Wissenschafts- und Theoriegeschichte zu den Gestaltungen der Rechtswirklichkeit. Gierke öffnet auf diese Weise seine Darstellung wissenschafts- und theoriegeschichtlicher Entwicklungen immer wieder für den Blick auf historische Empirie. Als solche Gestaltungen erkennt er Gilden, Zünfte, ländliche und städtische Gemeinden, Einzelkirchen, Kollegiatkirchen, religiöse Orden etc. Die Gesamtkirche aber gehörte seit Konstantin dem *ius publicum* an, sie bringt als göttliche Stiftung einen anstaltlichen Charakter mit ein[50]. So kommt das Prinzip der Anstalt, das Gierke neben dem korporativen als konstitutiv für den modernen Staat ansieht, vor allem über die Kirche in die Geschichte der Körperschafts- und Staatstheorie.

Gierke erörtert dabei die mittelalterliche Staats- und Korporationslehre in mehreren zeitlich und sachlich aufgebauten Abschnitten: zunächst die Korporationstheorie der Glossatoren, dann die der Kanonisten, sodann die der Legisten von der Glosse bis zu Bartolus, schließlich die romanistisch-kanonistische Korporationslehre in ihrer spätmittelalterlichen Vollendung, die er maßgeblich bei Baldus findet[51]. Die bis zu eingehenden Diskussionen der Quellen geführten Untersuchungen können hier natürlich nicht reproduziert werden.

In den verschiedenen zeitlichen Stufen und wissenschaftlichen Diskursen wird die Entstehung einer umfassenden wissenschaftlichen Korporationslehre dargelegt, die sich neben *collegium*, *corpus* u.a. vor allem um den Begriff der *universitas* dreht. Dabei sieht er das Wesen der Korporation durch die Fiktionstheorie (*persona ficta*) auf der Grundlage des mittelalterlichen Nominalismus erfasst[52]. Auf diese Weise wird der Gedanke einer aus Einzelpersonen zusammengesetzten Gesamtperson gebildet, welcher sich nun mit dem Begriff der *universitas* verbindet. So kann die Geltung des Mehrheitswillens, der Repräsentation der Gesamtheit durch eine Versammlung wie auch nach innen und außen durch gewählte Vorsteher begründet werden. Dabei spielt wieder das Problem der Zuordnung von Sach-, insbesondere Grundeigentum zu einem Verbande eine wichtige juristische Rolle, also das Prinzip der Dinglichkeit – wer nämlich erscheint als Eigentümer? Das personale Verbandsrecht wird von Gierke damit wieder mit dem Bereich der Dinglichkeit als Element der Einheit verbunden.

[50] *GenR* 3, S. 114; fortgeführt für die Kanonistik S. 251 ff., 254 u.ö.

[51] Die Entwicklung der Korporationslehre umfasst *GenR* 3, §§ 7-10 auf den S. 186-500.

[52] Zur Begründung der Fiktionstheorie durch Innozenz III., *GenR* 3, S. 280 f., zu ihrer Weiterführung S. 425 ff.

Als inneres Körperschaftsrecht begründet sich schließlich auf diese Weise in der Kanonstik eine Gewalt des Verbandes über die Glieder, die sich zu einer Jurisdiktionsgewalt der Vorsteher über die Mitglieder ausbildet. Das führt zu der letztlich öffentlich-rechtlichen Frage, ob, warum und in welchem Umfang einem Verband Gerichtsbarkeit zusteht[53]. Diese Frage wird sowohl von Legistik wie Kanonistik aus ihren Problembereichen heraus entwickelt, dann aber in einer gemeinsamen Theoriebildung zusammengeführt[54]. Insbesondere in der Kanonistik bilden sich diese Ansätze zu einer neuen Konstruktion des öffentlichen Rechts, die zum Vorbild der modernen Staatsauffassung geworden ist[55]. Durch den der Kirche eigenen Grundgedanken der anstaltlichen Einheit kann sie nämlich die Ausübung von Verbandsbefugnissen als Recht einer juristischen Person definieren und diese dann von den zur Ausübung der Rechte berufenen natürlichen Personen unterscheiden – ein Schritt, den die zivilistischen Glossatoren, in der älteren mehr anschaulichen germanischen Sichtweise befangen, noch nicht getan hatten. Auf diese Weise kommt der Gedanke der ideellen publizistischen Verbandpersönlichkeit zunächst in der Kanonistik zum Durchbruch.

In der Phase der Vollendung der romanistisch-kanonistischen Korporationslehre werden diese Ansätze weitergeführt und geklärt[56], ohne dass zunächst noch von dem entstehenden exklusiven Staatsbegriff her eine scharfe Scheidung zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Rechtsfähigkeit der Korporationen durchgeführt worden wäre. Zwar schied man begrifflich zwischen Verbänden (*universitates*), die einen *superior* anzuerkennen hatten und solchen, *superiorem non recognoscentes* – dazu gehören neben Königreichen vor allem bekanntlich freie Stadtkommunen. Aber auch Verbände unter einem Superior konnten ohne Rücksicht auf den Souveränitätsbegriff durch Privileg, Verjährung oder andere Titel Hoheitsrechte erwerben und ausüben, sie besaßen damit eine gewisse *superioritas* über ihre Mitglieder[57]. Eine klare Scheidung eines öffentlich-

[53] *GenR* 3, S. 303.

[54] Das ist Gegenstand von *GenR* 3, § 10: Die romanistisch-kanonistische Korporationslehre in ihrer Vollendung, S. 416-50, insbesondere S. 451 ff. zur öffentlichen Rechtsfähigkeit der Korporation und ihrem Verhältnis zum Staatsbegriff.

[55] Im Ansatz führt Gierke dies auf die germanische Auffassung als gegenseitige Rechtsverhältnisse zurück, die aber dann von spezifisch kirchlichen Rechtsgedanken in eine neue moderne Konstruktion des öffentlichen Rechts geführt wird, *GenR* 3, S. 301, 302.

[56] *GenR* 3, S. 451.

[57] *GenR* 3, S. 452, 453.

rechtlichen Bereichs fand also noch nicht statt, trotzdem der Stand der Theorie dazu Anlass geboten hätte. Dies entsprach aber den mittelalterlichen Realitäten und den ihr entsprechenden Anschauungen.

### 5. *Die Reflexion über Herrschaft und Staat in der mittelalterlichen Publizistik*

An dieser Stelle geht Gierke nun über zu einem neuen Kapitel, das er «die publicistischen Lehren des Mittelalters» nennt[58]. Bei ihnen handelt es sich um die «Bestrebungen des mittelalterlichen Geistes, Kirche und Staat in ihrer Gesammterscheinung principiell zu erfassen und so das Wesen der menschlichen Gesellschaftsordnung überhaupt wissenschaftlich zu begreifen»[59]. Sie entwickeln sich, nach Ansätzen im Investiturstreit, erst im 13. Jahrhundert zu einer geschlossenen publizistischen Theorie. Als Trägerin der ersten selbstständigen Staats- und Rechtsphilosophie führt sie eine ganz neue Macht in die Geschichte der Rechtsbegriffe ein. Bei ihr fließen die verschiedenen Wissenschaften der Theologie und scholastischen Philosophie, der politischen Historie und der praktischen Tendenzpublizistik mit der zunftmäßigen Jurisprudenz zusammen. «Auf diese Weise wurden Elemente verschiedener Herkunft zu einem neuen System verbunden»[60]. Dabei ist es die zunftmäßige Rechtswissenschaft, die den Gedankenbau mit dem wirklichen öffentlichen Leben der weiteren und engeren Verbände verknüpfte und die Anfänge einer Wissenschaft des positiven Staatsrechts schuf[61]. Hier findet also über das Recht eine Rückbindung der Reflexion an die Anschauung, also die Empirie der Gesellschaft statt.

Gierke achtet bei seinen nun folgenden detaillierten Untersuchungen der spätmittelalterlichen Publizistik stets auf eine analytische Sonderung der einzelnen Elemente, die er andererseits immer wieder kunstvoll und kenntnisreich verbindet. Die Jurisprudenz lieferte mit der romanistisch-kanonistischen Korporationstheorie die exakten juristischen Elemente; allerdings vor allem auf zivilistischer Grundlage. Durch ihre Eingebundenheit in das germanisch-mittelalterliche Denken und die feudalen und

[58] *GenR* 3, S. 510.

[59] *GenR* 3, S. 510.

[60] *GenR* 3, S. 511.

[61] *GenR* 3, S. 511 Ende.

patrimonialen Realitäten[62] hatte die Legistik außerdem Schwierigkeiten, sich zu einer klaren Auffassung des Staates und damit eine Abgrenzung der öffentlich-rechtlichen Sphäre fortzuentwickeln. Die Diskussion über die Korporation im privatrechtlichen Bereich half dagegen, die juristischen Probleme des Verbandsrechts unbelastet vom Gewicht des Politischen zu klären und schärfer zu definieren; diese Ergebnisse konnten sodann weitgehend auf die juristische Konstruktion des Staates übertragen werden, etwa in Fragen der Repräsentation und Vertretung nach innen und außen. Auch der Amtscharakter des Kaisertums konnte von der zivilistischen Korporationstheorie gestützt werden, wenn auch wichtige ideelle Grundlagen vom religiösen Denken herkamen – etwa in der Auffassung der Herrschaft als Auftrag Gottes und damit pflichtgebunden. Das wurde ergänzt durch den alten und nun erneuerten Gedanken der Zentrierung auf das Gemeinwohl, das *bonum commune* und die *utilitas publica*[63].

Vor allem aber konnte die auf den Aristotelismus einerseits, das christliche Denken andererseits gegründete politische Philosophie in grundsätzlicher Weise über das Wesen von Staat und Herrschaft nachdenken[64]. Aus beiden Quellen ergaben sich auf diese Weise starke Argumente für die Monarchie als beste oder gottgewollte Herrschaftsform. Aber auch für das Recht der Gesamtheit, das Volk als eigentlicher Träger der Herrschaftsrechte konnten diese Traditionen in Anspruch genommen werden[65]. Das schon in der *lex regia* angesprochene Spannungsverhältnis zwischen Herrscher und Volk auf Grund des Vertragsgedankens, das für die zahlreichen aufgetauchten Problemfelder einer Vermittlung durch das (öffentliche) Recht bedurfte, war damit durch weitere Legitimationsressourcen aufgeladen. Gerade auf den Höhepunkten mittelalterlicher streitiger Publizistik mussten diese Prinzipien außerdem in ihrer Gültigkeit einerseits für den geistig-kirchlichen Bereich, andererseits für den Bereich weltlicher Herrschaft abgegrenzt und geklärt werden, wobei die Verbindung beider durch die Notwendigkeit einer Koordination innerhalb der Einheit der *christianitas* bestimmt blieb. Auch aus dieser Doppelseitigkeit der Diskussion gingen fruchtbarer Anstöße aus. Die Kirche, seit Gregor VII. auf die Ausbildung einer Zentralgewalt ausgerichtet und dem Staate dabei voranschreitend, konnte etwa mit dem Begriff der *plenitudo potestatis* der

[62] Öfters, noch einmal *GenR* 3, S. 622.

[63] Dazu *GenR* 3, S. 563 f.

[64] Nach dem Ansatz der «Publizistischen Lehren des Mittelalters», *GenR* 3, S. 511 und immer wieder.

[65] *GenR* 3, S. 568 ff.

staatlichen Souveränitätskonzeption begriffliches Material liefern, während sie andererseits auf die Begrenztheit weltlicher Macht, aus ihrer religiösen Stiftung begründet, hinwies[66].

So stellte es nur eine Zuspitzung dieser Diskussionen um eine letzte Legitimation von Herrschaft dar, wenn dabei die Standpunkte der Herrschersouveränität und der Volkssouveränität zum Teil schroff gegenübergestellt werden[67]. Eine Vermittlung bot sich aber nicht nur von der Methode der dialektisch-scholastischen Theorie, sondern auch auf der Grundlage des positiven Rechts an, wenn mit der römischen *lex regia* eine Übertragung der Hoheitsrechte vom Volk auf den *princeps* unterstellt wurde, die Grenzen und Bedingungen dieser Übertragung aber einer ständigen Diskussion offen waren. Gierke geht die ganze Breite der spätmittelalterlichen Diskurse mit all den hier auf unserer Tagung vorgestellten Namen bis ins einzelne durch. Eine Zweipoligkeit der Herrschaftsbegründung, die dann von der Staatstheorie der Neuzeit fortgeführt und auf die ständestaatliche Bipolarität der Verfassungen angewandt werden konnte, war damit angelegt. Gierke sieht in ihr einen Ausdruck der von ihm durch die Geschichte verfolgten Dialektik von Herrschaft und Genossenschaft.

### 6. *Göttliches und Naturrecht als vorgegebene Schranken der Rechtsmacht*

Der – für Gierke ursprünglich germanisch-mittelalterliche – Gedanke der Suprematie des Rechts über den Staat konnte eine neue gelehrte Ausprägung in der dann vor allem von Thomas von Aquin maßgeblich formulierten Lehre von der Hierarchie von *ius divinum*, *ius naturale* und *ius positivum* finden[68]. Die ausführliche juristische Diskussion, meist auf spätantike Topoi gegründet, über die Rechtsbindung des Herrschers – *princeps legibus solutus* oder *alligatus* – sowie seine Gesetzgebungsgewalt – *quod principi placuit legis habet vigorem* – war damit vor allem auf den Bereich des positiven Rechts gerichtet, da das göttliche und das Naturrecht in ihrem Kern menschlicher Disposition entzogen und auch dem Herrscher vorgegeben waren; dabei waren allerdings die Wechselbeziehungen und Grenzen für die wissenschaftliche Diskussion offen. Davon ausgehend entwickelte sich dann die weitergehende und wirkungsstarke Theorie einer Bindung des Herrschers an bestehende

[66] *GenR* 3, S. 566 f.

[67] Im Ansatz *GenR* 3, S. 609 u.ö.

[68] *GenR* 3, S. 610-616.

Verträge und naturrechtlich garantiertes Eigentum[69]. Zu dieser letzten Frage konnte wiederum die alte, auf Roncaglia zurückgehende Diskussion um das *dominium mundi* des Herrschers und dessen Unterscheidung von der *proprietas* zurückgegriffen werden[70], womit ja im Bereich dinglicher Rechtsbegriffe schon einer Scheidung eines mehr öffentlich-rechtlichen von einem privatrechtlichen Aspekt vorgenommen wird.

Damit war auch für die mittelalterlichen Vertreter einer absolutistischen Herrschersouveränität ein unverzichtbares Netz von Rechtsbindungen jeder obersten Gewalt gegeben[71]. Gierke sieht darin eine Wurzel des 'modernen' Naturrechtsdenkens, indem mit der Säkularisierung des Staates seit Machiavelli eine neue theoretische Begründung dieser Rechtsbindungen an Stelle der alten religiös-christlichen gefordert war, war doch eine unbegrenzte Herrscherwillkür für das alteuropäische Denken schwer erträglich. Auch die Lehre von der Tyrannis *quoad exercitium* und das damit verknüpfte Widerstandsrecht stand dem entgegen. In der Doppelheit der Rechtsstellung des Herrschers und der Rechtsstellung des Volkes sieht Gierke außerdem einen Ansatz der modernen Gewaltenteilung zwischen vollziehender und gesetzgebender Gewalt[72], indem von den Vertretern der Volkssouveränität die bindende Kraft des Gesetzes auf dem Konsens aller begründet wird. Als Korrelat einer im Naturrecht begründeten und in ihrem Inhalt bestimmten Staatsgewalt bildete sich die Lehre der angeborenen Menschenrechte des Individuums[73].

### 7. *Vom mittelalterlichen zum neuzeitlichen Naturrecht: Macchiavelli, Bodin, Althusius, Hobbes, Rousseau*

In dieses Bild der im Spätmittelalter entwickelten Publizistik kann Gierke dann die Politiklehre des von ihm entdeckten Johannes Althusius einfügen[74]. Dessen Werk als Teil der frühneuzeitlichen naturrechtlichen Staatstheorie leitete er in einer breitangelegten Entwicklungsgeschichte seiner politischen Ideen aus den in Band Drei des *Genossenschaftsrechts*

[69] *GenR* 3, S. 619 f.

[70] *GenR* 3, S. 616.

[71] *GenR* 3, S. 620 ff.

[72] *GenR* 3, S. 615.

[73] *GenR* 3, S. 622.

[74] So in seinem Althusius-Buch von 1880: O. von Gierke, *Johannes Althusius*.

entwickelten spätmittelalterlichen Lehren ab und verfolgte sie dann weiter bis hin zu Aufklärung und Historischer Rechtsschule. Nach Machiavelli und Bodin erscheinen Hobbes und Rousseau dabei als die theoretischen Wendepunkte. Diese Entwicklungsgeschichte gliedert er systematisch in sechs Sachbereiche[75]: 1. Die religiösen Elemente der Staatslehre; 2. Die Lehre vom Staatsvertrag; 3. Die Lehre von der Volkssouveränität; 4. Das Repräsentativprinzip; 5. Die Idee des Föderalismus; 6. Die Idee des Rechtsstaates.

Schon diese Gliederung zeigt recht deutlich, wie Gierke die – oft in anderen Kontexten von ihm in miteinander verwobenen Linien dargestellten – mittelalterlichen Diskurse hier neu zusammenfasst, um das Feld für die Auseinandersetzungen der neuzeitlichen Staatstheorie abzustecken. Vor allem das Kapitel über die Idee des Rechtsstaates zeigt noch einmal konzentriert die Schwerpunkte der Auseinandersetzungen[76]. Unter dem Eindruck des durch Bodin zugespitzten Souveränitätsbegriffs hebt sich immer deutlicher eine absolutistische Richtung der Lehre von der Herrschersouveränität hervor[77], der, von den Monarchomachen bis Rousseau, eine verschärfte Richtung der Volkssouveränitätslehre widersprach[78]. Eine von Gierke als konstitutionelle Doktrin bezeichnete gemäßigte Richtung ist ihm dagegen die echte Erbin der älteren Volkssouveränitätslehre[79]. Sie konnte sich, dadurch mäßigend auch auf die absolutistische Richtung wirkend, auf den aus dem Naturrecht hergeleiteten Schutz der Eigentumsordnung und die aus derselben Wurzel begründete bindende Kraft der Verträge stützen. Letztere wurde weiterhin für die Wahlkapitulationen und für die *leges fundamentales* in Anspruch genommen, während ständische Positionen als *iura quaesita* ebenfalls Bestandsschutz genossen[80]. Damit war auch unter der Herrschaft des Bodin'schen Souveränitätsbegriffs eine Kontinuität in der Hinsicht gegeben, dass Rechtsbindung von staatlicher Herrschaft aus verschiedenen Positionen, hier also vor allem Vertrag und Eigentum, akzeptiert wurde.

[75] So die sechs Kapitel im Zweiten Teil des Althusius-Buches: Entwicklungsgeschichte der in der Staatslehre des Althusius ausgeprägten politischen Ideen, *ibidem*, S 56-320.

[76] *Ibidem*, S. 264-320.

[77] *Ibidem*, S. 151 ff. zu Bodin.

[78] Die Übertragung des Souveränitätsbegriffs des Absolutismus «in seiner ganzen schneidigen Schärfe» auf das Prinzip der Volkssouveränität schreibt er Althusius zu, *ibidem*, S. 157.

[79] *Ibidem*, S. 314 ff.

[80] *Ibidem*, S. 270-275.

In seinem, im Althusius-Buch angekündigten, dann verspätet und unvollendet herausgegebenen Band vier des Genossenschaftsrechts[81] bettet Gierke die so skizzierte Entwicklung der Staatstheorie, die als Publizistik nunmehr die juristische Materie des Allgemeinen Staatsrechts umfasste, wieder in die Entwicklung der Korporationstheorie ein. Damit war auch Anlass gegeben, wieder stärker die Verbindung zur Jurisprudenz in ihren verschiedenen Richtungen einzubeziehen. So untersucht Gierke im vierten Abschnitt den Einfluss der Wissenschaft des deutschen Staatsrechts.

### 8. *Die Wissenschaft des positiven Staatsrechts in Deutschland: Kontinuitäten und Realitäten im Spannungsverhältnis zum Souveränitätsbegriff*

Grundlage ist hier die um 1600 sich vollziehende Begründung einer selbstständigen Wissenschaft des positiven Staatsrechts, insbesondere in Deutschland[82]. Sie war möglich durch den vor allem von Conring entdeckten historischen Verlauf der Rezeption, die Emanzipation der Rechtswissenschaft von der absoluten Autorität des römischen gemeinen Rechts und die Hinwendung zur vaterländischen Geschichte und den heimischen verfassungsrechtlichen Rechtsquellen[83]. Das neue Staatsrecht lehnte sich zwar in den Grundbegriffen an die Theorie des Allgemeinen Staatsrechts der Politiklehre an, vermochte aber, den Charakter einer juristischen Disziplin trotz der Absonderung von der Zivilistik zu bewahren beziehungsweise zu entwickeln[84]. Folglich ging man aus von den tradierten Begriffen und Problemfeldern der mittelalterlichen Diskurse. Hier steht an erster Stelle der uns aus unserer Tagungsfolge so wohlbekannte Begriff der *iurisdictio*, verbunden mit dem des *imperium* als der öffentlichen Befehls- und Zwangsgewalt. Deren Subjekt blieb den römischen Quellen gemäß nach wie vor der Kaiser, noch nicht der von der Person des Herrschers abstrahierte Staat als eigenes Rechtssub-

[81] Gierke gibt im Jahre 1913 die unvollendet gebliebenen Teile, wie er sie etwa zwei Jahrzehnte zuvor ausgearbeitet hatte, heraus, siehe *GenR* 4, Vorwort.

[82] Dies ist der Neuansatz in *GenR* 4, Abschn. 4: Der Einfluss der Wissenschaft des deutschen Staatsrechts, S. 204. Die vorausgehenden Teile handeln über die Fortführung der mittelalterlichen Korporationslehren in Theorie und Praxis zu Beginn der Neuzeit. Der Neuansatz stimmt ganz mit dem Einsetzen von M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Erster Band 1600-1800*, München 1988 überein.

[83] *GenR* 4, S. 206 f.

[84] *GenR* 4, S. 208.

jekt. Weiterhin blieb Grundlage der Begriff der «Regalien»[85], in der uns ebenfalls wohlbekannten roncalischen Fassung der *Libri Feudorum*. Da diese sich durch ihre Verbindung mit der Lehenshierarchie nicht dem neuen Souveränitätsbegriff fügen wollten, wurden von den eigentlichen unveräußerlichen Hoheitsrechten der *regalia majora* die *regalia minora* als bloße Fiskalrechte abgetrennt[86]. Um dies schärfer zu markieren, wird gegenüber der *iurisdictio* der Begriff der *majestas* im Rahmen der Theorie der Hoheitsrechte in den Vordergrund geschoben, der damit unmittelbar mit dem Souveränitätsbegriff korrespondiert[87]. Freilich war damit noch keine Antwort auf die Frage nach dem Subjekt der Reichsgewalt gefunden, vielmehr mussten die alten Antwortspiele auf die Frage nach der Berechtigung von Volk oder Herrscher, auch wieder mit Hilfe der *lex regia*, weitergespielt werden. Die Probleme waren dadurch verschärft, dass Bodin aufgrund seines Souveränitätsbegriffs dem Reich den Charakter einer Monarchie abgesprochen hatte. Dem wollten sich die meisten Reichspublizisten beider Parteien, der kaiserlichen wie der ständischen, nicht beugen. Die Folge waren weitere Ausdifferenzierungen und Begriffsbildungen[88]. So wurde die *majestas personalis* von der *majestas realis* geschieden und nur die Erstere uneingeschränkt dem Kaiser zugesprochen. So blieb eine oberste Gewalt der Fürsten im Reiche denkmöglich. Weiterhin wurde eine Unterscheidung zwischen Staatsform, die im Reich monarchisch sein sollte, und Regierungsform, die ständisch-aristokratisch sein konnte, getroffen, womit wiederum die «monströse» Form der Reichsverfassung in die Theorie integrierbar blieb.

Ein weiteres Problem von Seiten der Verfassungsrealität des Reiches stellte die Frage dar, in welches Verhältnis man die Landeshoheit zur obersten Gewalt im Reiche bringen sollte[89]. Daneben stellte sich die Frage der Stellung der durch die Landstände vertretenen Landesgemeinde[90]. Während man trotz dieser theoretischen Schwierigkeit den Landesfürsten die *iura principis* und damit die Stellung als Subjekte der Staatsgewalt allgemein zubilligte, war diese Frage bei den Reichsstädten schwieriger zu beantworten. Hier konnten nämlich die Hoheitsrechte nicht auf eine natürliche

[85] *GenR* 4, S. 212.

[86] *GenR* 4, S. 213.

[87] *GenR* 4, S. 213, 214.

[88] *GenR* 4, S. 216-219.

[89] *GenR* 4, S. 223 ff.

[90] *GenR* 4, S. 232.

Person im Sinne der *majestas personalis* bezogen werden, so dass man hier auf den Begriff der *universitas* und damit auf die privatrechtliche Korporationslehre mit ihrer Begriffsbildung der *persona ficta* zurückverwiesen war[91]. So gingen von diesem Bereich, wie auch dem der geistlichen Korporationen, die stärksten Anstöße zur Ausbildung eines Begriffs der publizistischen Rechtspersönlichkeit, die von der Person des Herrschers gelöst war, aus. Es findet sich etwa für die Reichsstädte zuerst vereinzelt der Begriff der *persona publica*[92]. Im Allgemeinen musste man aber an Stelle der einheitlichen civilistischen *persona ficta* im öffentlichrechtlichen Bereich noch mit einer dualistischen Spaltung der staatlichen Rechtssubjektivität, etwa im Sinne von *majestas personalis* und *realis*, leben[93]. Um den jeweiligen Herrscher als Inhaber der Majestas letztlich über das Volk zu erhöhen, musste man darauf verzichten, die anstaltliche Einheit des Staates als Subjekt der obersten Gewalt vorzustellen[94] und damit über das Organismusbild von Haupt und Gliedern zum Begriff der *Staats*souveränität durchzudringen[95]. Auch auf dem Gebiet der Fiskustheorie kam man nur sehr langsam über die schwankenden Begriffsbestimmungen der mittelalterlichen Ansätze hinaus. Der Fiskus wird einerseits dem Inhaber der Souveränität zugeordnet, andererseits wird dessen privatrechtlicher Charakter betont. Damit kommen die Fiskalrechte in einen scharfen Gegensatz zu den dem Herrscher zustehenden Hoheitsrechten. Auf diesem Wege gelangte man langsam, durchaus im Geiste des justinianischen Rechts, zu jener objektiven Scheidung öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Verhältnisse innerhalb der Staatssphäre, welche dem Bedürfnis der Moderne nach Überwindung der feudalen und patrimonialen Hinterlassenschaft des Mittelalters entsprach[96].

### 9. *Der Kontinuitätsbruch durch die moderne naturrechtliche Staatslehre und der Neuansatz durch die Historische Schule*

Wir können uns sparen, die letzten Teile des vierten Bandes des Genossenschaftsrechts zu verfolgen. Gierke konnte hier die Entwicklung nicht

[91] *GenR* 4, S. 233-237.

[92] *GenR* 4, S. 243, Anm. 133.

[93] *GenR* 4, S. 244.

[94] *GenR* 4, S. 244 a.E.

[95] *GenR* 4, S. 243.

[96] *GenR* 4, S. 250.

mehr in der bisherigen Breite darstellen; er hat deshalb weitgehend auf sein Althusius-Buch verwiesen. Aber auch aus einem anderen, mehr inneren und sachbezogenen Grunde kommt unser eigentliches Thema, die Entstehung des öffentlichen Rechts, nicht mehr so sehr in den Fokus der Darstellung. Die ausgeformte naturrechtliche Lehre bildete nämlich ein eigenes System, welches das bisher tragende zivilistisch-kanonistische Lehrgebäude (und mit ihm die Figur der *persona ficta*) verdrängte, ja zertrümmerte[97]. Dadurch tritt die moderne naturrechtliche Staatslehre, gebildet aus einer Verbindung von Rechtsphilosophie und Politik und somit radikal, zukunftsorientiert und ungeschichtlich, in einen neuen Gegensatz zur positiven Jurisprudenz[98]. Das bisherige Wechselspiel zwischen beiden findet nunmehr eher einseitig statt, indem die modern-naturrechtliche, auf einem radikalen Individualismus und dem darauf begründeten Gesellschaftsvertrag aufbauende Staatstheorie die Rahmenbedingungen staatsrechtlicher Reflexionen setzt. Zwar gibt es weiterhin die Diskussionen zwischen dem Prinzip der Herrschersouveränität und der Volkssouveränität oder über die Verhältnisse des doppelten Majestätsbegriffs[99]. Doch setzt sich in der Linie von Bodin die philosophische Staatslehre als eine Souveränitätslehre durch, in der Souveränität nicht mehr «eine einzelne Eigenschaft der Staatsgewalt, sondern die Staatsgewalt selbst in ihrem wesentlichen Bestande» bedeutete[100]. Durch die Radikalität seines Ansatzes löst Hobbes das «lange umworbene» Problem, indem er an die Stelle von *universitas* beziehungsweise *persona ficta* die im Herrscher repräsentierte künstliche Person der Staatspersönlichkeit (*persona civitatis*) stellt.[101] Allerdings war nach Gierke mit dieser Konstruktion der Staatspersönlichkeit der Weg zum Rechtsstaat und zum Verfassungsstaat verbaut, weil in ihr der Gedanke des Gemeinwesens nicht mit enthalten war[102]. So wird, etwa bei J.H. Boehmer, das Körperschaftsrecht ganz aus dem Bereich des *ius publicum* in das *ius privatum* verwiesen[103]. Der weitere Gedankengang führt in der Linie der Anknüpfung am Individuum und der Staatsbegründung im Gesellschaftsvertrag über Rousseau zu Kant und

[97] So im zusammenfassenden Rückblick, *GenR* IV, S. 443.

[98] *GenR* 4, S. 277.

[99] *GenR* 4, S. 290 f.

[100] *GenR* 4, S. 286.

[101] *GenR* 4, S. 330-331.

[102] *GenR* 4, S. 448, 449.

[103] *GenR* 4, S. 505.

Fichte. Den Ansatz zur Überwindung der Einseitigkeit und des Zerfalls des naturrechtlichen Gedankengebäudes sieht Gierke in dem Aufkommen eines organischen Gemeinbewusstseins in der Historischen Rechtsschule. In Abwehr eines modernen Positivismus hofft er in der Verbindung von naturrechtlichem und historischem Rechtsdenken auf eine neue Synthese von Recht und Staat[104]. In einer Fortsetzung und Zusammenfassung dieser Linie sieht er dann seine eigene, Staats- und Körperschaftslehre umfassende Genossenschaftstheorie.

## 10. *Zusammenfassung*

In seinem vierbändiges Lebenswerk *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, das ergänzt wird durch das Althusius-Buch, entwirft Gierke eine Begriffsgeschichte des juristischen Körperschaftsbegriffs von der Antike bis ins 18. Jahrhundert. Die gewaltige von ihm bewältigte Materialfülle gliedert er in größere Epochen, innerhalb deren er die einzelnen Problemfelder in quellengesättigten Diskursen der Jurisprudenz, der Staatstheorie und Philosophie, beschreibt und als weitere Linien das Ringen des Rechtslebens um Problemlösungen, die den gesellschaftlichen Strukturen angemessen sind, darstellt. Er behandelt damit ein breites Spektrum rechtlicher Strukturen, von der Gesellschaft bis hin zur politischen Theorie. Wenn auch seine Grundkonzeptionen vom Idealismus und Historismus der historischen Rechtsschule geprägt sind und somit für uns nicht voll verbindlich sein können, so bleiben doch die entworfenen historischen Zusammenhänge und Problemerörterungen eine Herausforderung, wenn es uns um ein epochenübergreifendes Geschichtsbild des Problembereiches geht. Gierkes Ansatz einer Begriffsgeschichte und Problemgeschichte ist dabei keineswegs überholt, sondern entspricht einem durchaus modernen wissenschaftlichen Zugriff (O.G. Oexle).

Sein Thema ist die Herausbildung eines juristischen Körperschaftsbegriffs. Dabei behandelt er die Formen von Assoziationen, von Gemeinschaften und Vergesellschaftungen auf den verschiedenen Ebenen von der Familie bis zum Staat. Darum bildet für seine Untersuchungen die Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht keine Scheidewand; vielmehr verfolgte er die Übernahme von Begrifflichkeiten und Problemlösungen aus dem einen zum anderen Bereich. Das gibt seinem Werk eine Breite

[104] Dieser Schluss fehlt in *GenR* 4, ist aber angedacht am Ende schon der Erstfassung des Althusius-Buches, O. VON GIERKE, *Johannes Althusius*, S. 317-320.

des Problemverständnisses, die spezieller ausgerichtete historische Untersuchungen seither nicht erreicht haben. Die Scheidung von öffentlichem und Privatrecht ist ihm dabei keine kategoriale Trennung, sondern hat allenfalls eine Ordnungsfunktion, die sich von der römischen (didaktisch gemeinten) Formel des Ulpian über das mittelalterliche römisch-kanonische Recht bis zur Moderne jeweils ändert; das Problem ist damit radikal historisiert. Gierke selber stellt daneben eine anderslaufende Unterscheidung in Sozialrecht und Individualrecht. Dadurch, vor allem aber durch die ständigen dialektischen Verbindungen und Synthesen auf verschiedenen Ebenen verliert die Methode Gierkes die begriffliche Starrheit, die durch seine Annahme von historischen Auseinandersetzung abstrakter Prinzipien wie Einheit und Vielheit, Herrschaft und Genossenschaft, Assoziation und Freiheit, schließlich durch die Zuordnung zu den Rechtsformen und Gestaltungskräften des römischen und des germanischen Volksgeistes angelegt war. Vielmehr erweist sich immer wieder seine auch soziologische Sicht und eine Nähe zu vormodernen – und damit postmodernen – Konzeptionen des Staates.

Im Frühmittelalter ist ihm das gesamte öffentliche Leben vom (für ihn hier germanischen und noch unvollkommenen) Rechtsgedanken durchwirkt. Dieses Erbe geht nun nicht mehr verloren. Doch formt es sich in der ganzen weiteren Entwicklung seit dem Hochmittelalter mit der Hilfe römischer Rechtsfiguren und Rechtsprinzipien aus, bereichert durch Gedanken und Werte des Christentums, die vor allem, aber nicht nur im kanonischen Recht und durch dieses wirken. So führt für Gierke die langsame Entwicklung des Staatsbegriffs einerseits durch den genossenschaftlichen Gedanken des Volkes hin zu einem Körperschaftsbegriff, während andererseits die Kirche als göttliche Stiftung das Gegenprinzip der Anstalt beiträgt, ohne das der moderne Staat als hierarchisch-bürokratische Organisation ebenfalls nicht zu denken wäre. Daneben bildet sich aus der Realität genossenschaftlicher Prinzipien, nämlich aus der Einung der Bürgerschaft, die Gebietshoheit erlangt, die mittelalterliche Stadt zum ersten wahrhaft staatlichen Gemeinwesen in Deutschland.

Gierke kann auf diese Weise einerseits die «öffentlich-rechtlichen» Diskurse der Legistik und Kanonistik um eine oberste Gewalt und deren Bindung an das Recht verfolgen, andererseits im «privatrechtlichen» Bereich des römisch-kanonischen Rechts die Ausbildung wichtiger Rechtsfiguren wie etwa des Körperschaftsbegriffs, der Organschaft und der Repräsentation untersuchen. Relevante Ergebnisse und entwickelte Rechtsfiguren werden dabei, vor allem vom privatrechtlichen in den öffentlich-rechtlichen Bereich, übernommen, so dass die einseitige Fixierung des publizistischen

Diskurses auf die oberste Gewalt immer wieder durch korporationsrechtliche Rechtsfiguren ergänzt werden kann. Auf diese Weise können die sich gegenüberstehenden Grundpositionen, nämlich einer (päpstlichen oder kaiserlichen) Herrschersouveränität wie einer Volkssouveränität, juristische Argumente aus dem Arsenal des gelehrten Rechts gewinnen. Über diesen Diskursen steht dann seit dem Spätmittelalter die Ebene staatstheoretischer Reflexionen der Publizistik, genährt aus Theologie, Philosophie und Jurisprudenz. Sie gewinnt dann in der Neuzeit an Bedeutung, indem sie die für die Konstruktion des Staates und seines Rechts maßgebenden Ansätze liefert.

Gierke sieht eine, gegenüber den mittelalterlichen Diskursen neue Konstellation zu Anfang der Neuzeit gegeben durch die Zusammenfassung oberster Herrscherrechte im Souveränitätsbegriff Bodins. Dem folgte, begründet auf der Ablösung von der Fixierung auf das gemeine Recht und der Einbeziehung heimischer Rechte, die Ausbildung einer Wissenschaft vom positiven Staatsrecht in Deutschland. Doch widersteht Gierke der Versuchung, hier einen entscheidenden Einschnitt zu setzen; vielmehr sieht er Kontinuitäten der spätmittelalterlichen Diskurse in der frühneuzeitlichen Staatslehre, wenn auch in verändertem Rahmen. So findet zur Erfassung der kaiserlichen Gewalt im Reich, aber auch der der Territorialherren, eine Verschiebung der Begrifflichkeit von *imperium* und *iurisdictio* zu *majestas* sowie eine Differenzierung in *majestas personalis* und *realis* statt, während die reichsunmittelbaren Städte den Körperschaftsbegriff zur *persona publica* steigern. Hinter diesen Kontinuitäten findet allerdings eine grundlegende Veränderung des Rahmens statt durch die Säkularisierung des Denkens, die in diesem Bereich mit Macchiavelli einsetzt. Erst die scharfe theoretische Konstruktion des auf das Individuum gegründeten Gesellschaftsvertrages durch Hobbes, fortgesetzt bei Rousseau und umfassender formuliert durch Kant, bildet den eigentlichen Abbruch der Kontinuitäten. Damit kann der Staat endgültig zum Rechtssubjekt mit eigener, vom Herrscher gelöster Rechtspersönlichkeit werden: Die Souveränität wird von einer einzelnen Eigenschaft der Staatsgewalt zur Staatsgewalt selbst in ihrem wesentlichen Bestande. Die so definierte Rechtspersönlichkeit des Staates bildet nun den Bezugspunkt eines umfassend konzipierten und dem Privatrecht gegenübergestellten und von ihm emanzipierten öffentlichen Rechts. Doch ist es von dieser revolutionären und rationalistischen Grundlage nach Gierke nicht möglich, den Staat auch vom Volke her als Gemeinwesen zu verstehen. Dies kann erst wieder die organische Sichtweise der Historischen Schule leisten, und das erweist sich als eines der Ziele von Gierkes Genossenschaftsrecht.

*Résumé*

CONCETTO DI STATO E STRUTTURA CORPORATIVA TRA DIRITTO PRIVATO E DIRITTO PUBBLICO ALLA LUCE DELLA TEORIA ORGANICISTICA DI OTTO VON GIERKE

Nella sua opera maggiore in quattro volumi, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cui è complementare il libro su Althusius, Gierke sviluppa una storia del concetto giuridico di corporazione (*Körperschaft*) dall'antichità al XVIII secolo. La grande quantità di materiali considerati si articola per epoche storiche maggiori, all'interno delle quali sono individuate specifiche aree problematiche: egli le descrive attraverso il dibattito della scienza giuridica, della teoria dello stato e della filosofia, con ampi riferimenti alle fonti, e ne rappresenta le linee di sviluppo come l'esito di una lotta del «diritto vivo» per la ricerca di soluzioni adeguate alle strutture sociali. Egli si occupa quindi di un ampio spettro di strutture giuridiche della società, sconfinando nella teoria politica. Anche se le sue tesi fondamentali sono improntate all'idealismo e allo storicismo della scuola storica del diritto, e non possono quindi essere da noi oggi integralmente accolte, le connessioni storiche da lui delineate e la sua analisi di varie questioni continuano a costituire una sfida per chi si occupi di questo campo problematico in una prospettiva storica che abbracci le diverse epoche. L'impostazione gierkiana di una «storia dei concetti» (*Begriffsgeschichte*) e di una «storia dei problemi» (*Problemgeschichte*) non è affatto superata, ma corrisponde anzi ad un'impostazione scientifica assolutamente moderna (O.G. Oexle).

Il tema di Gierke è la formazione di un concetto giuridico di corporazione. In quest'ottica egli si occupa delle varie forme di associazione, comunità e socializzazione sui diversi piani, dalla famiglia fino allo Stato. Per le sue ricerche non vi è dunque una parete divisoria tra diritto pubblico e diritto privato; anzi, egli deliberatamente mutua di volta in volta modelli concettuali e soluzioni elaborati anche in altri campi disciplinari. Questo criterio assicura alla sua opera un'ampia capacità di comprensione del problema, che le successive ricerche storiche specialistiche non sono più riuscite ad eguagliare. Benché la distinzione fra diritto pubblico e privato non sia per Gierke una suddivisione categoriale, egli le riconosce un'importante funzione ordinatrice, che si è modulata diversamente nel corso del tempo, a partire dalle definizioni romanistiche (in senso didattico) di Ulpiano, passando per il diritto romano-canonico medievale e arrivando fino alla modernità: il problema è dunque da lui radicalmente storicizzato. Inoltre, Gierke affianca a questa un'altra partizione, che apre una via diversa: è quella tra diritto sociale (*Sozialrecht*) e diritto individuale (*Individualrecht*). Per questa via, ma ancora una volta soprattutto grazie

alle costanti interconnessioni e sintesi dialettiche fra piani disciplinari diversi, il metodo di Gierke si libera di quella rigidezza concettuale che gli veniva per un verso dall'assunzione di una concezione storica basata sull'antagonismo di princìpi astratti come «unità» e «molteplicità», «principio di autorità sovrana» e «consociazione», «associazione» e «libertà», per un altro verso dall'estrema rilevanza riconosciuta a forme giuridiche e «forze creative» originate dallo «spirito del popolo» (*Volksgeist*), del popolo romano come di quello germanico. Nella sua opera del resto riaffiorano costantemente anche una visione sociologica dei problemi e la vicinanza a concezioni dello Stato premoderne (e al tempo stesso postmoderne).

Gierke vede l'intera vita pubblica nell'alto medioevo percorsa dal pensiero del diritto (un diritto che è qui quello germanico, ancora incompiuto). Bene, questa eredità non si perde, ma si svilupperà anzi con rinnovato vigore dal basso medioevo in avanti, con il ritorno in auge degli istituti e dei princìpi giuridici romani, arricchiti di quella dottrina e quei valori del Cristianesimo che si riflettono in primo luogo – ma non solo – nel diritto canonico, e attraverso il diritto canonico soprattutto operano. In questo modo, secondo Gierke, mentre, per una via, il lento sviluppo del concetto di Stato conduce, attraverso una concezione organicistica del popolo, alla nascita del concetto di «corporazione», per un'altra via la Chiesa, come istituzione divina, fornisce quale suo peculiare contributo il principio antitetico della «istituzione», senza il quale lo stato moderno in quanto organizzazione gerarchico-burocratica sarebbe impensabile. Accanto a tutto ciò, dando vita concreta ad un principio solidaristico-comunitario, quello della «cittadinanza unitaria» che pretende la sovranità, la città medievale si sviluppa fino a diventare la prima comunità di tipo veramente statale in Germania.

In questo modo Gierke riesce da un lato a ricostruire il dibattito pubblicistico di dottrina civilistica e canonistica intorno al sommo potere, e in particolare al vincolo di quest'ultimo con il diritto, dall'altro lato a inoltrarsi nell'area privatistica del diritto romano-canonico per indagare l'origine di importanti figure giuridiche come il concetto di «corporazione», il cosiddetto «rapporto organico» e la rappresentanza. Alcuni risultati importanti e diverse figure giuridiche complesse sono così mutuati proprio dall'ambito privatistico e da lì tradotti in quello pubblicistico, cosicché diviene possibile integrare costantemente il discorso fisso e unilaterale della giuspubblicistica intorno al potere supremo con figure giuridiche tratte dal diritto corporativo. Le due contrapposte teorie della sovranità – la teoria della sovranità del principe (sia esso il pontefice o l'imperatore) e la teoria della sovranità popolare – riescono così a procurarsi entrambe

importanti argomenti giuridici dall'arsenale della dottrina. A partire dal tardo medioevo sovrasta inoltre tutte queste riflessioni il piano delle teorie sullo Stato elaborate da una scienza politica nutrita di teologia, filosofia e giurisprudenza. Questa scienza crescerà d'importanza nel corso dell'età moderna, fornendo via via spunti determinanti per la costruzione dello Stato e del suo diritto.

All'inizio dell'età moderna Gierke individua nel concetto di sovranità di Bodin, e in particolare nel suo elenco di prerogative che competono al sovrano, una concezione del potere assai diversa da quella medievale. Qui affonda le radici il giuspositivismo tedesco che si sviluppa alcuni secoli più tardi e propugna l'abrogazione di quel sistema di diritto comune che integrava i vari diritti particolari. Gierke resiste comunque alla tentazione di collocare qui una cesura netta; egli vede piuttosto delle continuità fra scienza giuridica tardomedievale e dottrina protomoderna dello Stato, sia pur entro una cornice che è nel frattempo mutata. Ad esempio, se pensiamo al potere dell'imperatore così come a quello dei principi territoriali nell'impero, si compie in realtà uno slittamento di contenuti fra i concetti di *imperium* e *iurisdictio* e quello di *majestas*, il quale a sua volta si ripartisce poi in *majestas personalis* e *realis*; allo stesso tempo, le città di immediata dipendenza dall'impero elevano il concetto di corporazione a *persona publica*. Sullo sfondo, rispetto a queste continuità, si determina peraltro un mutamento fondamentale del quadro storico e teorico di riferimento in direzione di quella secolarizzazione del pensiero che nella scienza politica ha inizio con Machiavelli. Solo la radicale teoria del contratto sociale di Hobbes che pone a fondamento l'individuo, ripresa in seguito da Rousseau e ampiamente rielaborata da Kant, rappresenta in questa logica la definitiva rottura di ogni continuità. Soltanto a questo punto, infatti, lo Stato, dotato di una personalità giuridica propria, svincolata da colui che detiene il potere, può diventare un «soggetto di diritto» a tutti gli effetti: la sovranità ormai non è più una delle prerogative del potere statale, ma diventa il potere statale stesso nella sua essenza. La personalità giuridica dello Stato, così definitasi, costituisce ancor oggi il punto di riferimento di un diritto pubblico inteso in senso lato, il quale, emancipatosi ormai dal diritto privato, proprio a questo comunemente si contrappone. Partendo da simili presupposti 'rivoluzionari' e razionalistici non è tuttavia possibile secondo Gierke comprendere lo Stato anche nella sua fondamentale natura di consociazione che nasce dal popolo: un risultato che si può ottenere, ancora una volta, solo grazie alla visione organicistica della scuola storica, come intende dimostrare quest'opera di Gierke.

*Traduzione di Lucia Bianchin*

# Tavola rotonda / Ergebnisse im Rückblick

*Martin Heckel*

In der Schlussdiskussion möchte ich auf das Thema «Säkularisierung» zurückkommen, das in vielen Vorträgen dieser Tagung berührt wurde, zumal ich wegen der knappen Redezeit den einschlägigen Schlussteil meines Vortagsmanuskripts nicht vortragen konnte. Insgesamt habe ich den Eindruck, dass der Beitrag des Christentums auf die Rechtsentwicklung der Neuzeit in dieser breit angelegten, überaus aufschlussreichen und anregenden Tagung zu kurz gekommen ist, sowohl was die Geschichte der Theorien als auch der Institutionen betrifft.

1. Der Begriff der «Säkularisierung» hängt in seiner schillernden Vieldeutigkeit ganz davon ab, welche Konzeption von «Welt» und von «Weltlichkeit» und entsprechend von «Religion» und «Religionsgemeinschaft» (bzw. «Glaube» und «Kirche») dem zugrunde gelegt wird. Danach bemisst sich dann, was «Verweltlichung» heißen soll. Und maßgebend dafür ist, ob Verweltlichung als illegitime oder als legitime Entwicklung bewertet wird, weil – je nach dem Standpunkt des Beurteilers – «die Welt» zuvor zurecht oder zu Unrecht «verchristlicht» oder sonstwie religiös oder sakral durchwaltet oder überwältigt worden sei.

2. In den Geistes- und Sozialwissenschaften haben sich seit zweieinhalb Jahrhunderten viele «gegensätzliche Sinndeutungen» des Säkularisierungsbegriffs in kühlen wissenschaftlichen Analysen und in zündenden kulturpolitischen Parolen entwickelt und bekämpft, verdrängt und überlagert. Als Subjekt der Säkularisierung behandeln sie entweder die Kirche oder die Welt oder auch beide mit wechselnden Akzenten. Nach der heute gängigen Begriffsgeschichte ist der Terminus «Verweltlichung» eine Prägung der aufgeklärten Kirchengeschichtsschreibung des 18. Jahrhunderts, um damit beispielhaft die Perversion der katholischen Kirche durch weltliche Herrschsucht und Macht, Geldgier und Sittenlosigkeit zu charakterisieren. Für Hegel hingegen bedeutete «Verweltlichung des Christentums» das Weltlich-Werden des Reiches Gottes als sein Wirklich-Werden in der Welt, weil sich durch die Offenbarung Gottes in der weltlichen Inkarnation Jesu Christi die Versöhnung des Glaubens mit dem Denken, der Religion mit der Philosophie vollzogen habe, weshalb die Hegelsche Rechte das Christentum im «Christlichen Staat» vollenden und

die Kirche in ihm absterben lassen wollte. Die «Hegelsche Linke» aber gebrauchte bekanntlich auf den Spuren von Ludwig Feuerbach und Karl Marx «Verweltlichung» als Kampfbegriff zur Befreiung der Welt aus ihren religiösen Bindungen und zur Vernichtung der Religion überhaupt. Aus dieser Ideengeschichte haben sich drei geschichtsmächtige Säkularisierungsprogramme entwickelt, die in der Französischen Revolution und in den totalitären Systemen des 20. Jahrhunderts einander überlappend politisch wirksam wurden: Die erste verlangte die philosophische Verwandlung der positiven Religion in humane Weltanschauung und Weltprogrammatik und ihre Vereinnahmung als emanzipierte Staatsideologie. Die zweite forderte die Bekämpfung und Vernichtung der Religion schlechthin. Die dritte erstrebte die strikte Trennung des Staates von aller Religion und deren Ignorierung und Eliminierung im weltlichen Recht.

3. Aber der Streit um die Sache «Verweltlichung» reicht weit über diese Begriffsgeschichte zurück. Schon in den ersten Anfängen der Reformation entzündete und trennte das Ringen um den rechten Sinn von «Welt» und «Verweltlichung» die beiden Konfessionen der Christenheit. Die Evangelischen kritisierten aus Schärfste den Weltherrschaftsanspruch der Päpste nach dem Dictatus Papae Gregors VII. von 1075 und vollends nach der Bulle *Unam sanctam* Bonifaz VIII. von 1302 und den Zustand der katholischen Geistlichkeit und Gottesdienstformen als ungeheuerliche widergöttliche Verweltlichung der Kirche Jesu Christi. Hingegen gaben die Katholiken den Evangelischen den Vorwurf der Verweltlichung erbittert zurück, weil sie die Kirche den weltlichen Gewalten ausgeliefert und die göttlichrechtlichen Fundamente der Kirchenorganisation in der päpstlichen und bischöflichen Hirtengewalt zerschlagen hätten. Dieser Dissens brach offen auf mit Luthers großen Reformschriften *Von dem Papsttum zu Rom*, *An den christlichen Adel deutscher Nation von des christlichen Standes Besserung*, *De captivitate Babylonica ecclesiae* und *Von der Freiheit eines Christenmenschen*, die im Juni, August, Oktober und November des Schicksalsjahres 1520 rasch hintereinander erschienen, den Markt überschwemmten und die kirchliche und weltliche Öffentlichkeit aufwühlten. Sie bezeugen die tiefen Lehrgegensätze beider Seiten über Gesetz und Evangelium, Kirche und Welt, *spiritualia* und *temporalia*, kirchliche und weltliche Aufgabe und Ordnung, geistliche und weltliche Gewalt. Denn im rechten Verständnis der Welt und Weltlichkeit widersprachen sich unüberbrückbar ihre theologischen Grundpositionen zur Christologie, Soteriologie und Ekklesiologie und bündelten sich folglich viele theologische und rechtliche Differenzen über Offenbarung und Dogma, Wortverkündigung und Sakramente, Rechtfertigung und Heiligung, Glaube

und Werke, Freiheit, Gehorsam und Widerstand. Die «Welt» erschien hier einerseits als Gottes «gute Schöpfung», andererseits als «gefallene Welt», die der Erhaltung und der Erlösung bedurften: Der Dienst der weltlichen Obrigkeit und aller weltlichen Berufe an der Erhaltung der Welt durch den Vollzug des göttlichen Gesetzes zum Wohl des Nächsten war deshalb für die Evangelischen auch eine Form des Gottesdienstes, der in ihren Augen viel höher und heiliger war als mönchische Weltflucht. Das Weltliche gewann dadurch bei ihnen enorm an Eigenwert und Eigenständigkeit und löste sich aus der kirchlichen Unterordnung. Das führte zu einer neuen, evangelischen Staats- und Berufsethik, die große weltliche Wirkungen in der Entwicklung der politischen Welt, der Wirtschaft und der Gesellschaft hervorrief. Aber weil die gefallene Welt ihre Erlösung nur durch die Predigt des wahren, schriftgemäßen Evangeliums und nur durch die rechte Buße und den wahren Glauben («sola scriptura, sola fide, sola gratia») erlangen konnte, war die Reformation zutiefst geschieden nicht nur von dem katholischen Vertrauen auf die guten «Werke», sondern auch von allen zeitgenössischen und späteren innerweltlichen Heilslehren aus menschlicher Eigenmacht – von letzteren tiefer noch als von der katholischen Kirche, die sie nicht vernichten, sondern von verweltlichten Missbildungen «befreien» und zu ihrer wahren Katholizität im Sinn des Evangeliums reformieren wollte.

4. Indessen erwuchs aus den schweren theologischen, politischen, juristischen und schließlich auch militärischen Auseinandersetzungen eines langen Jahrhunderts die dauernde Erkenntnis: Nur offene «weltliche Rahmennormen» verhinderten die religiöse Vergewaltigung und die juristischen Übergriffe durch den konfessionellen Gegner. Das wurde im Reichsrecht schon 1555 verbürgt und 1648 erneut bekräftigt. Nur dadurch, dass das Reichskirchenrecht (und später auch das moderne Staatskirchenrecht) die religiöse «Wahrheitsfrage» offen ließ und ihre Entscheidung den Religionsparteien (und später den Religionsgesellschaften und allen Bürgern) zur Selbstbestimmung überließ, konnte es die weltliche Koexistenz, Friedensordnung, Freiheit und Gleichheit für die zerstrittenen Konfessionen (bzw. Religionen) sichern. Nur diese Säkularisierung des Reichsrechts und Staatskirchenrechts verhinderte, dass jede Seite die andere mit dem Argument bedrängte und überwältigte, sie habe den «wahren» Sinn des Rechts im «rechten» Bekenntnis verkannt. Nur mit offenen «säkularen Rahmenbegriffen» konnten das weltliche Recht die unvereinbaren Bekenntnisse und die gegensätzlichen Kirchenrechtssysteme generell erfassen und beiden Seiten jeweils die spezielle Sinnbestimmung und Entfaltung ihres Bekenntnisses in ihren eigenen

(nicht den fremden) Kirchenrechtsverhältnissen nach ihrem religiösen Selbstverständnis vorbehalten. Die säkulare Form bewahrte und schützte den religiösen Gehalt vor der Vergewaltigung und Verfälschung durch konfessionelle und ideologische Gegner. Nur dies schloss aus, dass sich der theologische Streit auch juristisch fortsetzte, unlösbar verhärtete und zum Auseinanderbrechen der gemeinsamen weltlichen Rechtsordnung führte.

5. Säkularisierung bedeutete hier «Rahmensäkularisierung». Als «Rechtsfigur» und «Rechtsbegriff» hatte sie im Staatskirchenrecht diesen speziellen Sinn, der sie von den allgemeinen Säkularisierungsphänomenen und -begriffen der Geistes- und Sozialgeschichte, aber auch anderer Rechtsgebiete wesentlich abhob. Zwar wehrte sie die weltliche Durchsetzung des Absolutheitsanspruchs der Offenbarungsreligionen (wie auch der modernen Ideologien) gegen den freien Willen der Bürger ab – insoweit beschränkte und begrenzte sie jede spezielle Religion und Weltanschauung. Aber ihr Telos war nicht, alle Religionen auszuschalten, sondern allen gleichzeitig die gleiche Freiheit durch wechselseitige Beschränkung zur Sicherung des weltlichen Gemeinwohls zu garantieren. Das Religionsrecht des mehrkonfessionellen Staates musste und muss auch fürderhin in säkularen Formen generalisierbar sein. Es beschränkt sich auf äußere «weltliche Rahmenformen» des staatlichen Rechts – um dadurch gerade die Säkularisierung der «religiösen Inhalte», d.h. des Bekenntnisses und der Kirchenrechtsverhältnisse der geschützten Religionsparteien bzw. Religionsgesellschaften und Bürger abzuwehren und auszuschließen. Darin lag historisch ihre paradoxe Pointe und darin liegt dogmatisch ihre konsequente Quintessenz.

6. Säkularisierung und Konfessionalisierung bilden deshalb entgegen einer verbreiteten Fehlsicht keinen Gegensatz, sondern konnten und können verbunden werden und sich gegenseitig ergänzend potenzieren und sublimieren. Säkularisierung als offene Rahmenform sichert damit die religiöse Freiheit aller, nicht nur einzelner, privilegierter Richtungen. Im Reich begann diese Entwicklung 1555, um im modernen Verfassungsrecht 1919 ihren Abschluss zu finden. So wurde die «Konstantinische Einheit» von Thron und Altar, von Staat und Kirche durch generalisierte Rahmennormen und Rahmenbegriffe in schrittweisen Reformen aufgelöst und abgelöst, ohne ein analoges Verbundssystem mit einer revolutionären Staatsideologie und intensiviertem Zwang fortzusetzen, wie dies in der Französischen Revolution und in den totalitären Systemen des 20. Jahrhunderts geschah. Das ist bedeutsam für das Verständnis des *ius publicum* im Alten Reich und der neuzeitlichen Staatsbildung, aber auch für das Verständnis des allgemeinen Geschichtsverlaufs.

7. Vor allem: Kritisch zu unterscheiden ist hier zwischen der Theoriengeschichte und andererseits der («realen») Geschichte der Institutionen und Normen. Beides klafft gerade in der Frage der Säkularisierung erstaunlich auseinander: Aus der Souveränitätslehre Bodins, aus der Staatslehre von Hobbes, aus den aufgeklärten Vernunftrechtslehren des 17. und 18. Jahrhunderts und aus den vielzitierten Hypothesen und bestechenden Aphorismen der Religionssoziologie und Verfassungslehre zur «Säkularisierung» und zur «politischen Theologie» etwa von Max Weber, Hans Kelsen und Carl Schmitt – von denen auf dieser Tagung verschiedentlich die Rede war – lässt sich nicht ein historisches Leitmodell abstrahieren, das auf die besondere Entwicklung der Säkularisierung im Alten Reichs und in den Territorien und späteren Staaten Deutschlands passt. Aber auch in Frankreich hat sich das Programm der französischen «Politiker» zur Neutralisierung der Konfessionskämpfe durch die Krone schon in den Hugenottenkriegen und vollends seit der Aufhebung des Edikts von Nantes 1685 nicht durchgesetzt. Der moderne Staat ist im Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit nicht geradlinig aus einem umfassenden Prozess der Säkularisierung entstanden. Der monarchische Herrscher und später der demokratische Verfassungsstaat haben sich nicht mit «säkularisierten theologischen Begriffen» an Gottes Stelle gesetzt. Und in der neuzeitlichen Rechtsentwicklung hat nicht «die Vernunft» Gott ausgemerzt, die Religion ersetzt und den Agnostizismus durch die aufgeklärten «Vernunftrechtslehren» zur Grundlage der Rechtsordnung gemacht.

8. Der Staat hat vielmehr fast überall in Europa eine Phase intensiver Konfessionalisierung durchlaufen. Dass dies in der neueren Forschung pauschal mit «Modernisierung» bezeichnet wird, ist freilich irreführend, denn sein geschlossenes Staatskirchentum war noch weit entfernt vom modernen Staatskirchenrecht und wurde erst viel später in dessen offene weltliche Rahmenformen übergeleitet. Das geschah erst im 19. und 20. Jahrhundert, als die traditionsbelastete «Konstantinische Verbundenheit» von Staat und Kirche beendet wurde. Doch hat sich in der Folge der Aufklärung keineswegs ein gesamtgesellschaftlicher Konsens gebildet, der in der Religionskritik und Religionslosigkeit das Fundament und Leitprinzip des Rechts erblickte und dies verfassungsrechtlich zur Staatsideologie erhob. Vielmehr sah sich der Optimismus der aufgeklärten «Vernunftrechtslehren» mit der doppelten Erfahrung konfrontiert, dass aus dem Schoße «der Vernunft» alsbald eine Fülle widerstreitender Vernunftbegriffe und Vernunftideologien erwuchsen und dass vielen von ihnen ein Zug zum Totalitären eigen war, der den religiösen Absolutheitsanspruch der Offenbarungsreligionen an weltlicher Durchsetzungsrigorosität weit

übertraf. Dass die Französische Revolution, der Bolschewismus und der Nationalsozialismus die überkommenen Religionen und Religionsgemeinschaften im analogen Dreischritt erst säkularisierend verwandelten und gleichschalteten, sodann vernichtend bekämpften und drittens aus dem öffentlichen Leben abtrennten und aus der Rechtsordnung eliminierten, hat der freiheitliche Verfassungsstaat mit seiner dezidierten Ablehnung beantwortet. Die staatskirchenrechtlichen Entscheidungen der Weimarer Verfassung von 1919 und ihre Bestätigung bei der Gründung der Bundesrepublik 1949 und erneut nach der Wiedervereinigung Deutschlands 1990 haben die ideologischen Säkularisierungsprogramme klar verworfen und sich für weltliche Rahmenformen zur gleichen Freiheit und Förderung der Religionen entschieden.

9. So haben die Präambeln und Artikel der Verfassungen die Verantwortung vor Gott, die Freiheit des Glaubens und der Religionsausübung, den Religionsunterricht, die theologischen Staatsfakultäten, die Pflege kirchlicher Kunstdenkmäler, die vielfältigen diakonischen Aktivitäten im freiheitlichen Kultur- und Sozialstaat mit Verfassungsrang garantiert, ohne dabei bestimmte Religionen und Religionsgemeinschaften zu privilegieren oder zu diskriminieren. Die Religionsfreiheit beschränkt sich nach der festen höchstrichterlichen Judikatur nicht auf einen engen, aus dem staatlichen Recht ausgegrenzten ghettogleichen Bereich des *forum internum*. Sie ist nicht laizistisch auf die Emanzipation von religiösen Bindungen zu verkürzen und nicht als Vorstufe der strikten Trennung zu verstehen, sondern schützt die Freiheit der Glaubensentfaltung in der Welt, zumal in der glaubensbestimmten Lebensführung. Der Gesetzgeber hat spezielle «Berücksichtigungsgebote» der Religionsfreiheit in vielen «weltlichen» Gesetzen des Arbeitsrechts, Bauplanungsrechts, Versammlungsrechts, Schul-, Wissenschafts- und Denkmalrechts, des Krankenhaus- und Kindergartenwesens, des Sozialhilfe- und Medienrechts verankert. Die Rechtsprechung hat die «Ausstrahlungswirkung» der Religionsfreiheit auf die gesamte Rechtsordnung eingehend entfaltet. Die Schrankengesetze müssen nach ihrer «Wechselwirkungslehre» den Wert der Religionsfreiheit in sorgfältiger Abwägung mit dem Schrankenzweck berücksichtigen und tunlichst respektieren. Das Staatskirchenrecht hat ferner in den «gemeinsamen Angelegenheiten» des Religionsunterrichts, der Theologischen Fakultäten, der Diakonie u.a.m. fein differenzierte Formen der Kooperation und Koordinierung zwischen dem säkularen Kultur- und Sozialstaat und den Religionsgemeinschaften entwickelt, in denen die Staatsorgane die allgemeinen säkularen Rahmenbedingungen, die Religionsgemeinschaften aber die spezifisch religiösen Maßstäbe und

Aspekte der religiösen Kultur und Erziehung regeln und entscheiden und dabei die Kompetenzen und Akte der anderen Seite respektieren müssen.

10. Die staatliche Selbstbeschränkung auf säkulare Rahmennormen zum Schutz des religiösen Selbstverständnisses in den Schranken des Gemeinwohls eröffnet dem freiheitlichen Kultur- und Sozialstaat die große Chance, die religiösen Grundlagen der Gesellschaft ohne etatistische Verfügung und Verfremdung zu bewahren und die religiösen Kräfte in freien säkularen Formen innerhalb der erforderlichen Schranken für den einzelnen, für die religiösen Gruppen und für die weltliche Gesamtheit fruchtbar werden zu lassen. Mit der Einwanderung des Islam in Millionenstärke sind im vergangenen Jahrzehnt zahlreiche Religionskonflikte entstanden, die bedenkenswerte Parallelen zu den Herausforderungen des Konfessionellen Zeitalters zeigen und moderne Lösungen für die Integration der Zuwanderer mit fremder religiöser Herkunft erfordern. Das deutsche Staatskirchenrecht hat dadurch neue Aktualität gewonnen und seine Leistung für Frieden und Freiheit im säkularen Zusammenleben der multireligiösen und multikulturellen modernen Gesellschaft ist dadurch wieder stärker ins Bewusstsein gerückt. Seine historischen Erfahrungen können für die Koexistenz und friedliche, freiheitliche Entfaltung konträrer Religionen im säkularen Rechtsstaat hilfreich sein.

*Filippo Liotta*

L'intervento di un modesto studioso che ha passato la vita sulle fonti e gli istituti giuridici dei secoli XII e XIII, non è agevole in un convegno indirizzato a studiare le *Origini del diritto pubblico* per la semplice ragione che la concezione del mondo da cui si genera la nozione di diritto pubblico è totalmente diversa e rivoluzionaria rispetto alla concezione del mondo medievale. Ma poiché nulla nasce dal nulla, a parer mio, questo radicale mutamento dell'etica giuridico-politica dell'età moderna ha la sua antica radice nella pubblicistica medievale ossia nella formula *rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*, formula che darà i suoi frutti a distanza di secoli come cercherò di dire.

Dal mondo antico giunge nelle scuole universitarie sviluppatesi dopo Irnerio, un testo di Ulpiano (*Dig.* 1.1.§ 2; *Inst.* 1.1. § 4), che riferisce una opinione di Celso, dove si fa riferimento ad una *divisio* (poi intesa come *summa divisio*) tra diritto pubblico e diritto privato, definendo pubblico «quod ad statum rei Romanae spectat» e privato «quod ad singulorum

utilitatem»; in definitiva, conclude Ulpiano, «sunt enim quaedam publica utilia, quaedam privatim». Il frammento del *Digesto* precisa e limita lo *ius publicum*: «in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit». La definizione ulpianea – che nei suoi tempi d'oro, la critica interpolazionistica aveva pressoché svuotata – i giuristi medievali la leggevano così come oggi noi la leggiamo nelle edizioni, e su questa lettura ha inizio e si conclude una linea interpretativa che, con Piacentino e Azzone, è pedagogico-didattica in un primo momento e, poi, a cominciare dallo stesso Azzone, si sviluppa con la formulazione di teorie protese a salvaguardare l'unità del diritto senza peraltro misconoscere le specificazioni nascenti dalle situazioni politico-sociali concrete al tempo della Scuola della glossa. Francesco Calasso dedica a questo tema l'ultimo capitolo (non a caso intitolato «Lo stato e l'individuo»), del suo bel libro *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*[1], dove si può trovare la documentazione di questa linea di pensiero – che si conclude con Baldo degli Ubaldi e suoi epigoni – tutta impegnata sulla considerazione della unitarietà del diritto, essendo da una parte il diritto privato di interesse pubblico (*ne cives ad arma currant*) e, dall'altra, di interesse privato che una *auctoritas publica* garantisca e tuteli l'interesse dei privati.

Sin qui la ricerca – che giunge sino agli ultimi anni del Trecento – del Calasso che così conclude:

> «la definizione ulpianea è cosa viva ma nel suo mondo ... Ma se, dopo che quel mondo è scomparso ... sentiremo allora che la definizione ulpianea non è né arcaica né moderna, ma semplicemente estranea»[2].

E, infatti, è estranea e se, come penso, Calasso intendeva

> «riannodare l'attuale problema scientifico della più importante partizione del diritto, dobbiamo necessariamente rifarci all'elaborazione che ne fu compiuta in quell'età di mezzo, che nella vita dello spirito rappresentò la grande mediatrice fra il mondo antico e il nostro»[3].

Se la nozione ulpianea e successive interpretazioni è a noi, oggi, «estranea», bisogna chiedersi che cosa è mutato nelle strutture, nei luoghi, nell'assetto sociale, di quel mondo in cui era «cosa viva». È cambiato molto, anzi moltissimo. Quella struttura organizzata dal tempo della riforma gregoriana in poi crolla; crolla l'idea dell'universalismo dell'impero e della unitarietà

[1] F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, Milano 1965, pp. 278-300.

[2] *Ibidem*, p. 299.

[3] *Ibidem*, pp. 299-300.

del diritto, il romano-canonico (*ius commune*); crolla l'unitarietà (simbolica) territoriale dell'Impero universale e della Chiesa universale che garantivano una tutela mediamente uniforme degli interessi e delle aspettative di un complesso e differenziato corpo sociale variegato da consuetudini, culture, particolarismi, abitudini e ordinamenti differenti. Tutte queste difformità si dissolvevano e si consumavano nel riconoscimento delle due supreme autorità, Papato e Impero, e della loro legislazione che moderava ed equilibrava gli interessi contrapposti sul fondamento di una legislazione antica di circa dieci secoli (la giustinianea) e di una recente, viva, presente (la canonica). Il connubio di queste due legislazioni (*utrumque ius*), la cui caratteristica saliente era quella della sacralità che derivava appunto dalla sacralità dei due supremi poteri, costituiva la relazione mediatrice tra l'*auctoritas* e i *cives*. Ma anche e soprattutto per l'operosità di un ceto accademico attento, vivacissimo che quelle legislazioni continuamente studiava e interpretava per ricavarne il principio equitativo come sentito dalla società del tempo.

Il crollo di questo assetto che la stessa dottrina giuridica coeva tarda o è restìa a percepire, avviene con il formarsi degli stati nazionali. È l'affermazione del principio «rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator». Principio che sicuramente si forma nell'età del basso Medio Evo (Marino da Caramanico, ad esempio, lo sostiene senza formularlo in brocardo per legittimare il *Liber Augustalis*), ma gli scrittori e gli stessi *reges* se ne servirono senza debordare dai confini della teoria etico-politica e giuridica dell'epoca loro. La formula, al contrario, deflagrerà nell'Età moderna con la Riforma luterana. Essa contiene in sé tutti gli elementi disgreganti di quel mondo in cui la *summa divisio* ulpianea era «cosa viva». Disgrega e rompe il legame gerarchico tra impero e regni, attribuisce al *rex in regno suo* lo stesso potere dell'*imperator in imperio*: crea le premesse e la giustificazione per la comparsa sulla scena politica europea di tanti *imperatores in regno suo*, cioè la disgregazione dell'ideale unità territoriale dell'Impero sacro e romano. Il solo attributo che questi *reges* non possono avere (e non hanno) rispetto al modello di partenza, è il carattere della sacralità che non era un titolo esornativo o di natura etico-religiosa, ma l'impronta costitutiva e fondante del potere legittimo, ossia della *potestas*, ossia della *iurisdictio* sull'Impero universale. Il *rex imperator in regno suo* acquista quella *potestas in regno suo* per altre vie e con altri rituali ottiene la sua legittimazione. Ma perde quella aureola di poteri (e di consenso) di un ordine morale che rappresentava ontologicamente nella Città terrena la garanzia ultima dell'ideale giustizia della Città celeste. È un processo lungo, tortuoso, difficile da seguire,

che durerà secoli con progressi e regressi nel tempo e nei luoghi, ma è il cammino dell'umanesimo totalizzante che rinnova il problema dei rapporti tra governanti e governati.

In apertura del suo *Principe* il Machiavelli realisticamente constata che «tutti gli stati, tutti e dominii che hanno avuto e hanno imperio sopra li uomini, sono stati e sono o repubbliche o principati». Il Machiavelli, in questo caso consigliere del principe, scrive per indicare modi e forme per conseguire, mantenere, accrescere l'«imperio sopra li uomini». All'opposto, specularmente, c'è un mondo che ha tradizioni, usi, consuetudini, credenze, interessi economici, rapporti sociali e associativi di tipo familiare e no, abituato per secoli a vivere sì sotto «imperio», ma un «imperio» che aveva consentito di realizzare la umanità dei singoli e dei *populi*: di fatto la libertà e l'autonomia sotto l'ombrello del diritto naturale (tomisticamente inteso, che è altra cosa dalla nozione teorizzata da filosofi, giuristi, riformatori e riformati dell'età moderna) e di una legislazione vetusta arricchita da un corteggio interpretativo che la rendeva idonea a tutelare anche fenomeni nuovi e originali, ignoti all'antico legislatore: penso al pullulare statutario, in Italia, all'Hansa nel Nord Europa, ai titoli di credito. È in relazione all'affermarsi e nel concreto materializzarsi del *rex-imperator in regno suo* il movimento di rivendicazioni di autonomie locali, di statuti, di consuetudini *inveteratae*, di privilegi e concessioni a persone, famiglie, gruppi sociali, tutte cose che gli ottimi relatori hanno bene messo in luce in questo Convegno.

Il *rex-imperator in regno suo*, privo di quella sacertà conferita dall'incoronazione per mano del Pontefice romano ha perso la clamide della universalità romana, la *potestas* che si faceva discendere direttamente da Dio (teoria delle due spade) e che il Papa di Roma testimoniava, consacrava, incoronava. Fanno limitata eccezione i sovrani di Francia e in minor misura quelli d'Inghilterra per via della antica tradizione dei re taumaturghi di guarire la scrofola con il tocco delle mani.

Anche il Papato sofferse enormemente della temperie spirituale della Riforma luterana che, reclamando la negazione di qualsiasi gerarchia vocazionale, laicizzava il potere politico e interiorizzava nella coscienza del singolo la fede religiosa. Qui e così, ora, nasce quello che oggi chiamiamo il diritto pubblico: frutto dell'umanesimo etico-politico della Età moderna. E qui, e così, finisce l'Età di mezzo.

La *legge* ora è quella del *rex* che *in regno suo* prevale su tutte le altre, e se altre accoglie, è perché le recepisce nel *suo* ordinamento: comincia la contaminazione tra diritto e legalità. I comportamenti sociali, la compo-

sizione dei conflitti tra persone vanno commisurati sui parametri della legge positiva del re. E allora il lungo travaglio – anch'esso secolare, difficile, alla fine con sbocchi rivoluzionari – per la creazione di paradigmi entro i quali la legislazione necessariamente deve stare; di paradigmi a salvaguardia dei sudditi per eventuali abusi, sviamenti di potere, prevaricazioni dell'autorità pubblica: e quindi Carte dei diritti dell'uomo e del cittadino, cittadino che non trova altre salvaguardie che in queste carte; e infine le costituzioni che segnano la sostanza e il confine del potere. Questo è oggi il diritto pubblico che si incarna sin dal Lipsio, Grozio, Gentili, Locke nell'Età moderna. Quanto siamo lontani dalla definizione ulpianea ognun vede, e si capisce come e perché il medievalista sia, calassianamente, «estraneo» a tutto questo.

*Pierangelo Schiera*

Il passaggio dal sistema pluralistico medievale di «parcellizzazione» della forza legittima tra diversi soggetti a cui tale forza (sotto forma di «signoria»: *Herrschaft*[1]) era riconosciuta a quello monistico-statuale del «monopolio» della medesima da parte di una figura (il signore territoriale[2]) tendenzialmente dominante in senso unitario, sia pure in un complesso rapporto di *Mit-bestimmung* con ceti (*Stände*) variamente diversificati e a loro volta organizzati in maniere diverse, costituisce uno dei ponti fondamentali costruiti dallo *ius publicum europaeum* verso la modernità[3].

[1] Nella traduzione inglese dell'opera di Brunner (*Land and Lordschip. Structures of Governance in Medieval Austria*, Philadelphia PA 1992), «Herrschaft» è «Lordship»: la scelta non mi convince perché certamente nell'intenzione del Brunner il termine ha un significato più profondo di quello proprio della figura giuspubblicistica della «signoria», cosiccome nel *Land* – sia in tedesco che in inglese – c'è più della pura «terra», ma è presente la base stessa del «territorio». Ed è proprio su questo punto che Brunner stesso si differenzia, nella II edizione, riducendo il peso «territoriale» che nella I edizione aveva dato alla «terra».

[2] Il «Territorialfürsthentum» a cui Gustav Schmoller collega la seconda fase della politica finanziaria prussiana: *Die Epochen der preußischen Finanzpolitik*, in «Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft», 1, 1877, pp. 33-114 (il titolo della famosa rivista è molto significativo rispetto a quanto da me sostenuto nel tresto di questo intervento).

[3] Mi è gradito rinviare qui al saggio di G. MIGLIO, *La crisi dell'universalismo politico medioevale e la formazione ideologica del particolarismo statuale moderno*, risalente al 1942 e ora disponibile nella raccolta di scritti del medesimo Autore: *Le regolarità della politica. Scritti scelti taccolti e pubblicati dagli allievi*, I, Milano 1988, pp. 1-105.

In ciò si condensa infatti gran parte del suo contributo storico-costituzionale (non solo storico-giuridico), consistente nel riuscire a coprire e regolare i due campi della legittimità e della legalità del potere (visto quest'ultimo come mutevole sintesi di comando e obbedienza) che rappresentano i principali vettori della dinamica politica svoltasi nel nascente Occidente, a partire circa dal Mille. Entro quelle due «colonne d'ercole» della nuova *humanitas* si è potuto esplicare il grande «progetto di diritto»[4] che si concluderà con l'apoteosi borghese e con la fine dello stesso *ius publicum europaeum* all'entrata nell'età contemporanea, lasciando alle diverse interpretazioni di stabilire se quest'ultima deve iniziare con i prodromi della Prima guerra mondiale o possa esser fatta iniziare dalla Rivoluzione francese.

Ma prima della fine di tale progetto ci fu appunto il suo apogeo che, dal nostro punto di vista, coincise con l'affermazione, in tutta Europa ma principalmente nei paesi di cultura e mimesi tedesca, della Scienza del diritto, che nelle sue diverse versioni storiche ha costruito ed esercitato, durante tutto il XIX secolo ma soprattutto nella sua seconda metà, crescente «dominio ideologico» nel campo in grande movimento delle cosiddette «scienze sociali e dello Stato»[5], contribuendo tra l'altro in modo decisivo proprio a «dogmatizzare» la categoria di quello *ius publicum europaeum* di cui stiamo parlando. Ciò non ha certo potuto mancare d'influenza sul modo in cui tale categoria è stata e per lo più viene ancora trattata, nel senso che in essa non possono non venir privilegiati i contenuti di partenza di cui appunto quella costruzione dogmatica è stata frutto. Nel breve spazio di questo intervento, non è possibile dire di più, ma sono portato a credere che proprio l'esito finale della «Scuola storica», nella sua transizione al cosiddetto «Metodo giuridico» in una prospettiva di «definitiva» scientificizzazione del pensiero giuridico, sia in massima parte responsabile dell'estinguersi della fenomenale capacità creativa che lo *ius publicum europaeum* era riuscito ad esercitare lungo molti secoli.

E quale ne è il motivo? Il motivo principale mi pare consistere nel tentativo della Scienza del diritto di concentrare al proprio interno le ragioni

[4] Piuttosto che semplicemente «giuridico» come l'ha sapientemente còlto, già molti anni or sono, P. COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, I: *Da Hobbes a Bentham*, Milano 1974.

[5] Fenomeno ora verificabile in un «caso eccellente» grazie all'ottima «cura» di Gerhard Dilcher e Susanne Lepsius dell'opera prima di M. WEBER, *Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter. Schriften 1889-1894*, in *Max Weber Gesamtausgabe, Abt. I: Schriften und Reden*, 1, Tübingen 2008, con particolare riferimento alla *Einleitung* di G. DILCHER, pp. 1-97 e all'*Editorischer Bericht* di S. LEPSIUS, pp. 109-38.

dello sviluppo e dell'applicazione del diritto medesimo, interrompendo in modo decisivo il principio universale a cui il *ius publicum europaeum* si era sempre ispirato: di rispondere cioè in maniera storica – anche se non sempre ugualmente corretta e efficace, naturalmente – alle necessità che l'evoluzione della società di volta in volta andava presentando. La dinamica «bisogni-misure» è stata il motore del *ius publicum europaeum* per molti secoli, nel lungo viaggio attraverso il quale si è passati dall'idea di un Diritto esistente prima e a prescindere dall'esistenza di uno Stato fino alla convinzione «positivistica» di poter umanamente creare, grazie alla Scienza appunto, un Diritto del tutto autoreferente, mediante il ricorso al celebrato metodo giuridico, da una parte, o all'esaltazione, falsamente politologica, della decisione come risposta al diuturno stato di emergenza.

È da qui, dal rapporto circolare bisogni-misure-bisogni che bisogna ripartire. A questo meccanismo il *ius publicum europaeum* ha sempre prestato molta attenzione e proprio nella ricerca e nel mantenimento di un giusto equilibrio tra le due istanze è consistita gran parte della storia costituzionale dell'occidente. Tanto più che tale ricerca e mantenimento si sono svolti e realizzati perlopiù sul piano orizzontale, della transazione e dello scambio fra forze sociali coesistenti, piuttosto che – come tendiamo a credere dall'avvento dell'ideologia democratica – in senso verticale, cioè a dire dall'alto verso il basso o viceversa. Per questo motivo mi pare inutilmente riduttivo studiare il processo solo sotto il profilo della sovranità (alto) o della partecipazione (basso), mentre occorrerebbe riportare in campo nella sua interezza l'azione di adattamento progressivo della crescente struttura istituzionale alla pure crescente complessità dei rapporti sociali. Ciò costituisce, come sappiamo, l'essenza dell'amministrazione, vista però prima – e dopo – la sua sussunzione entro la dottrina della divisione dei poteri: intesa cioè come *Policey* – o forse anche come *governance*[6].

È certamente significativo che quell'adattamento si sia progressivamente sempre più compiuto mediante il ricorso tecnico a modalità di ragionamento e di pratica «giuridica» ed è per questo che è giusto insistere sul fenomeno storico del *ius publicum europaeum*. Ma l'acquisizione di dominanza della prospettiva giuridica si è potuta affermare proprio grazie alla capacità che il Diritto (inteso come dottrina – quindi tendenzialmente anche come «scienza» – e come istituzione, azione «regolativa» dei rap-

6 Si veda *infra* la nota finale che rimanda però anche alla nota 1. Sulla *Policey* cfr. H. MAIER, Die ältere Staatslehre, Frankfurt a.M. 1966 e anche P. SCHIERA, *La concezione amministrativa dello Stato in Germania 1550-1750*, in *Storia delle idee politiche economiche e sociali*, diretta da L. Firpo, IV: *L'età moderna*, tomo I, Torino 1980, pp. 363-442.

porti umani a partire dal piano legislativo fino a quello giurisdizionale) ha posto in essere di recepire e ricomprendere giuridicamente istanze provenienti dai settori più mobili e vivi dell'esperienza umana di vita, da quelli sociali, a quelli economici a quelli culturali.

Non possono allora sorgere equivoci rispetto a quanto oggi, nella difficile, un po' stanca e forse anche già superata fase di costruzione di un'unione europea, viene presentato come «nuovo» *ius publicum europaeum*: un processo cioè di integrazione giuridica, che parta dai diversi contesti giuridici «nazionali» e conduca, mediante un'opera paziente di comparazione anche storica, all'elaborazione di linee di evoluzione comune, dottrinaria ma anche pratica[7]. Nonostante le apparenti analogie (di nuovo il tentativo si sta compiendo in campo legislativo come giurisdizionale, con la mediazione costante della funzione commissariale) le due situazioni sono profondamente diverse. Oggi appare forse troppo consolidato l'assunto per cui il «diritto» debba essere e restare il terreno naturale su cui muoversi per regolare i rapporti interumani a livello europeo. Un tempo non era così e un «diritto europeo» è stato semmai il risultato finale – ma altalenante e sempre piuttosto compromissorio, come hanno in più casi mostrato i lavori del nostro convegno – di un processo partito da molte sponde, di cui il diritto ne rappresentava soltanto una.

Insisto su questo punto solo per sottolineare la necessità – che sento molto forte – di sottrarsi al rischio storiografico di considerare i processi che si studiano (nel nostro caso appunto il *ius publicum europaeum*) come pre-destinati, cioè necessitati fin dall'inizio a svolgersi in vista del risultato finale posto vicino a noi. Ovviamente, questo è anche il dato che noi già conosciamo meglio e da cui necessariamente partiamo – usandone i significati e talora anche i concetti – per ricostruire il passato, confermando in tal modo il detto per cui «la storia non è altro che profezia all'indietro»[8]!

Ma proprio qui sta il rischio cui sopra mi riferivo. Un modo per uscirne potrebbe essere di andare oltre le considerazioni più spiccatamente filosofico-giuridiche o struttural-istituzionali sui grandi princìpi evolutivi della tradizione giuridica occidentale, prestando maggiore attenzione

[7] Mi riferisco all'edizione, iniziata da A. VON BOGDANDY e P.M. HUBER, del *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, di cui sono usciti i primi 2 volumi (Heidelberg 2007-2008), dedicati al *Diritto costituzionale* e stanno per uscire i secondi due, dedicati al *Diritto amministrativo*.

[8] «Ieri sarà quel che domani è stato»: con queste parole G. GRASS inizia il suo racconto *L'incontro di Telgte* (ed. orig. *Das Treffen in Telgte*, Darmstadt - Neuwied 1979), Torino 1982, p. 3.

alla lenta ma sicura elaborazione di una comune sensibilità europea per il fenomeno amministrativo. Anche qui il diritto ha giocato una parte preponderante, la quale pure – a conferma della ricostruzione da me offerta in apertura – ha raggiunto il suo culmine nell'elaborazione di una «scienza» del diritto amministrativo, nei diversi paesi europei, verso la metà del XIX secolo[9]. Ciò che mi preme sottolineare è però che ben da prima l'amministrazione era stata oggetto di trattazione da parte del diritto, pur in stretta combinazione con punti di vista (che corrispondevano ad altrettanti punti di partenza) diversi da quello giuridico e attinenti alle cose concrete della vita delle comunità. Cioè ai suoi «bisogni»: sicurezza, fisco, difesa, esercizio della giustizia sono state le zone di maggiore densità d'azione di quella realtà politico-costituzionale – lo «Stato (moderno)» – che ha assorbito e tradotto in pratica il flusso di produzione teorica e pratica del *ius publicum europaeum*[10].

Non è il caso di riprendere qui nel dettaglio i contributi che in questa direzione sono stati portati al nostro convegno, ma non vi è dubbio che essi hanno fatto la parte del leone: solo è forse un po' mancato lo sforzo di sintetizzare le differenti linee di lettura in un recupero definitivo e esplicito dell'importanza intrinseca – e aggiungerei anche «costituzionale» – rivestita dall'amministrazione nella lunga storia del *ius publicum europaeum*.

Fatto sta che la dinamica «misure-bisogni» (in cui consiste l'essenza dell'amministrazione) funziona bene come possibile indicatore, insieme ad altri, dell'intero processo. Riprova ne è che quest'ultimo non si comprende – né storicamente né per quanto riguarda i suoi contenuti – se non prestando attenzione alla generazione di sempre nuovi e più dettagliati «bisogni», che richiedono sempre nuove e più dettagliate «misure», le quali, di tanto in tanto, impongono considerazioni di tipo sistematico e preventivo, dando così luogo a «vertici» dottrinari (scuole, sistemi, metodi) e a «blocchi» istituzionali (principale e a lungo vincente quello dello Stato

[9] P. SCHIERA, *Die gemeineuropäische Geschichte des Verwaltungsrechts als Grundstruktur des modernen Konstitutionalismus*, in prossima uscita nel vol. III dell'appena citato *Handbuch* (§ 70), a cura di A. VON BOGDANDY - S. CASSESE - P.M. HUBER.

[10] Dall'immensa letteratura classica sul tema, vorrei almeno citare G. OESTREICH, *Verfassungsgeschichte vom Ende des Mittelalters bis zum Ende des alten Reiches*, in *Gebhardt. Handbuch der deutschen Geschichte*, II, Stuttgart 1955[8], § 90 «Grundfragen der neuen Verfassungsgeschichte» pp. 317-365, che si basa, oltre che su Otto Hintze, anche sui lavori in argomento di Fritz Hartung, autore oggi troppo trascurato. Per l'Italia rimando alla ristampa di G. MIGLIO, *Genesi e trasformazioni del termine-oncetto «Stato»*, a cura di P. SCHIERA, Brescia 2007.

moderno). Così si spiega, nell'ambito della forma di civiltà europea fortemente ispirata ad una razionalità strumentale, quello stretto «viluppo» tra ispirazione scientifica e applicazione istituzionale che, per secoli, ha visto al suo centro il Diritto. Che non poteva essere che «pubblico» e «europeo», viste le condizioni storiche che hanno complessivamente caratterizzato il secondo Millennio.

Non è nostro compito chiederci che direzioni prenderà lo «s-viluppo» nei nostri «nuovi» tempi. Segni che il processo è già in corso, nonostante e oltre l'ormai estenuata denuncia di una «crisi» dello Stato[11], ce ne sono molti. Sono i segni su cui concentra attenzione in particolare la scienza del Diritto pubblico comparato, che si trova in una fase di osservazione e di elaborazione molto eclettica (come accade in tutte le fasi di rigenerazione e trasformazione profonda) aperta alla contaminazione con altre scienze sociali che seguono l'intreccio delle varie componenti in gioco. Mai come oggi quest'ultimo risulta tanto complesso, visto che agli incontri-scontri disciplinari all'interno del tradizionale spazio culturale occidentale si aggiungono quelli tra «culture» molto diverse e divergenti tra loro e su tutto si staglia poi un epocale cambio-scambio generazionale, favorito dall'espandersi di tecnologie comunicative anch'esse di nuova generazione.

Mi interessa ribadire la preoccupazione che un atteggiamento troppo autoreferenziale da parte del Diritto e dei suoi troppo agguerriti cultori non finisca per inaridire la forza propulsiva che il processo (proprio grazie al Diritto e anche al *ius publicum europaeum*) mantiene da tempo. Mentre sarebbe più che mai necessario non tradire, bensì intensificare l'ispirazione originaria all'accoglimento di tutte le istanze provenienti dalla società, evitando la tentazione di monopolismi metodologici monodisciplinari eccessivi. Tanto più che ci troviamo in una fase di evoluzione dei rapporti interumani che impone il confronto sempre più serrato con culture che del Diritto hanno, storicamente, esperienze ben diverse da quella occidentale e che pure sono destinate ad essere protagoniste almeno alla pari nell'evoluzione futura. Questa è d'altra parte preoccupazione ormai dominante anche in altri settori della riflessione scientifico-sociale: si pensi all'invito della più avveduta Sociologia ad accantonare l'utensileria vecchia e ingombrante delle scienze sociali «nazionali», in nome di una visione magari anche ibrida e insicura ma in grado di procedere a una «Nuova misurazione dell'uguaglianza tra gli uomini»[12].

[11] R. Ruffilli (ed), *Crisi dello Stato e storiografia contemporanea*, Bologna 1980.

[12] È il titolo della relazione svolta da Ulrich Beck al congresso sociologico sul tema «Tempi insicuri» a Jena il 6 ottobre 2008 e pubblicata da Suhrkamp (*Die Neuvermes-*

Sforzi analoghi sono in corso anche nel nostro campo. Per aiutarne l'efficacia, è importante che accanto alla previsione di un «nuovo» *ius publicum europaeum* si continui a studiare anche quello «vecchio», mostrandone meglio che si può la lunga storia e, all'interno di questa, la sua duttilità ed eclettismo. In tale prospettiva, riprendo il tema dell'amministrazione, notando come, non certo per caso, è per quella via che si stanno oggi aprendo vie per nuovi incontri e collaborazioni, oltre la barriera che sembrava insormontabile degli «Stati nazionali». Ciò vale non solo a livello europeo ma anche – ed è ciò che più conta – al livello cosmopolitico della cosiddetta «globalizzazione». Mi vengono allora due considerazioni conclusive.

La prima a favore di un ripristino d'interesse e di pratica di ricerca per la Storia dell'amministrazione, che è una disciplina troppo trascurata forse perché appiattita sulla storia del diritto e sulla storia delle istituzioni. Quando il mio Maestro Gianfranco Miglio la importò nel panorama accademico italiano rendendola materia fondamentale del piano di studi della Facoltà di scienze politiche, ma prima ancora dedicandovi apposita organizzazione di ricerca dapprima all'Istituto per la Scienza dell'Amministrazione pubblica e poi alla Fondazione Italiana di Storia Amministrativa, entrambe istituzioni milanesi degli anni Cinquanta e Sessanta, gli intenti erano ben diversi. Si trattava infatti, per lui, della «constatazione della continuità amministrativa sottesa alle variazioni costituzionali»: il che andava ben oltre la «caratterizzazione amministrativa del più recente stadio evolutivo dello Stato moderno» e anticipava invece con la consueta intelligenza processi di cui allora pochi si rendevano pienamente conto[13].

*sung der Ungleichheit unter den Menschen: Soziologische Aufklärung im 21. Jahrhundert*, Frankfurt a.M. 2008): in essa egli parla in apertura del «... quadro dell'ineguaglianza tra gli uomini che è sorto nel passaggio alla società moderna ma che ora, all'inizio del XXI secolo, nell'epoca della globalizzazione e del mutamento climatico appare scosso nelle sue fondamenta» per chiudere osservando che «...Noi siamo in balìa di una sociologia i cui princìpi di fondo sono stati posti negli ultimi cento anni. Il primo secolo della sociologia è ormai dietro di noi. Nel cammino verso il secondo, si tratta di riformulare e fissare in modo nuovo lo spazio dell'immaginazione e della ricerca sociologica e quindi anche della spiegazione sociologica, aprendola alla costellazione cosmopolitica».

[13] Al 1964 risale il saggio di G. MIGLIO, *Per una metodologia della storia amministrativa*, in G. MIGLIO, *Scritti scelti*, cit., I, pp. 405-417, in cui sono tracciati i rapporti della disciplina non solo con la storia delle istituzioni e la storia del diritto, ma anche con la storia del pensiero politico e con la storia economico-sociale: il tutto in una visione capace di offrire «la chiave con la quale interpretare il riposto meccanismo degli ordinamenti e delle strutture amministrative».

La seconda considerazione vale invece da apertura di un discorso sul quale non sono ancora pronto a reagire compiutamente, ma su cui intendo studiare nel prossimo futuro: si tratta dell'uso ampio e indifferenziato con cui da qualche anno s'impiega, nella descrizione di fenomeni attinenti alla gestione dello spazio crescente dei «governi privati e pubblici interessi», il termine *governance*[14]. Dopo un'iniziale mia forte antipatia per questo termine-concetto, che mi sembrava privo di rigore categoriale in chiave «politica», mi sto ora ricredendo. La rapida evoluzione degli eventi per le persistenti «crisi» nel mondo sembra spingere ogni giorno di più verso l'invenzione di nuove «regole», che però sfuggono alla capacità delle istituzioni esistenti (a livello nazionale come internazionale) e sono allo stesso tempo incapaci di determinare «siti» adeguati di decisione come di controllo. Non ho ancora capito se siti del genere possano davvero esistere, ma mi sto convincendo che l'insistenza con cui essi vengono evocati indichi la necessità che essi sussistano. Manifestano cioè un «bisogno» di autorità, di poteri, dotabili di responsabilità nelle materie in crisi, allo scopo di prendere le «misure» necessarie.

Tutto bene e anche futuribile, se non fosse che i traduttori americani di *Land und Herrschaft* di Otto Brunner hanno reso il titolo in inglese ricorrendo all'endiadi *Land and Lordship* ma, evidentemente insoddisfatti di una lettura così riduttiva del contenuto «storico-costituzionale» dell'opera, hanno poi fatto ricorso, nel sottotitolo, al termine *governance*[15]. Un nuovo *European Public Law* targato USA è forse alle porte?

[14] Impossibile dare conto della letteratura sull'argomento; mi limito alle osservazioni di M. CALISE, *Tra governo e governance: la costituzione nelle democrazie contemporanee*, in L. ORNAGHI (ed), *La nuova età delle costituzioni. Da una concezione nazionale della democrazia a una prospettiva europea e internazionale*, Bologna 2000, pp. 121-43. Quand'era professore alla Facoltà di Sociologia di Trento, Mauro Calise fu anche ideatore di un convegno proprio sul tema indicato nel testo: cfr. P. SCHIERA, *Dal bene comune ai governi privati: aspetti storico-costituzionali dell'amministrazione in politica*, in «Storia Amministrazione Costituzione. Annali ISAP», 1, 1993. pp. 161-87 (anche per il titolo di questa rivista vale quanto detto *supra*, nota 2).

[15] Si veda *supra*, nota 1.

*Dietmar Willoweit*

Die beiden Organisatoren dieser Reihe von Tagungen in Trient haben ein mutiges Konzept entwickelt. Sie fragen nach dem *ius publicum* vor dem *ius publicum*, also nach jenen Problemen und Begriffen, Rechtsideen und Rechtsfragen, die lange vor der Etablierung der akademischen Disziplin des *ius publicum* an den Universitäten der Sache nach nicht individuelle Rechte, sondern das Gemeinwesen betrafen. In diesen Zusammenhang gehört etwa die Erörterung der *iurisdictio*, der *utilitas publica* und des *bonum commune* in mittelalterlichen Juristenschriften. Aber auch an die Erhebung von *collectae* ist zu denken und an den Schutz der *iura quaesita*, an die politische Repräsentation der Stadtbürger, an die Verhängung öffentlich zu vollziehender Strafen und anderes mehr.

Die dabei entstehenden methodischen Probleme sind jedoch nicht zu übersehen. Es gibt Zweifelsfälle von Gewicht. Was ist zum Beispiel mit dem *dominium* und dem damit eng verbundenen Lehensrecht? Nur einige Elemente der feudalen Ordnung lassen sich der Entstehungsgeschichte des *ius publicum* zuordnen, obwohl das Gemeinwesen im Mittelalter auf allen Stufen der Gesellschaft vom Lehensrecht oder verwandten Rechtsverhältnissen geprägt ist. Und wie verhält es sich mit den Fehden, die Otto Brunner als eine eigene Rechtsmaterie – dann doch «öffentlichen» Charakters? – verstehen wollte, die aber vielleicht nur als Rest vorherrschaftlicher Rechtsdurchsetzung zu begreifen sind?

Die menschliche Gesellschaft hat seit ihrer Sesshaftwerdung im Neolithikum zu einer dauerhaften organisatorischen Form nicht mehr gefunden. Die vielfach versuchte, oft gelingende, aber im Laufe der Geschichte auch immer wieder scheiternde Staatsbildung und die mit dem Staat verbundene Herausbildung eines öffentlichen Rechts sind als wichtigste Schritte auf diesem Wege zu interpretieren. Den Schutz des Individuums durch die Menschenrechte, auf den Herr Schiera hingewiesen hat, verstehe ich als eine notwendige Reaktion auf die Vollendung der Staatsgewalt in der frühen Neuzeit.

*Diego Quaglioni*

Il panorama che si offre alla vista di quanti abbiano seguito i lavori di questo convegno scientifico è vasto e complesso almeno quanto il panorama storico-giuridico che esso ha inteso di prendere in considerazione. Non

credo potessimo attenderci di più e di meglio: tutti i contributi riflettono, ciascuno a suo modo, la realtà di un percorso accidentato e di un filo rosso del moderno difficile da ritrovare in quella «cosa non del tutto chiara» che per definizione è la storia del nostro Medioevo del diritto.

Fin dall'inizio abbiamo avvertito che lo spirito di questa *Begegnung* risiedeva nell'aperto confronto fra diverse tradizioni storiografiche, non solo tra Italia e Germania, ma entro le tradizioni scientifiche dei nostri Paesi, e non abbiamo sbagliato a confessare che molto ci si attendeva dalle relazioni e dal dibattito. E molto, infatti, abbiamo avuto, sia in termini di novità di conoscenze, di riflessioni, di ripensamenti, sia in termini di conferme delle difficoltà di percezione del problema storico-attuale del costituirsi di un nucleo 'originario' di nozioni, concetti, categorie della sfera giuridico-politica nel passaggio dall'universalismo medievale alle manifestazioni più compiute di quell'edificazione di un sistema scientifico del diritto pubblico, che in Germania e in Italia ha accompagnato e sorretto la costruzione dello Stato (moderno).

Nessun anacronismo e nessun 'continuismo', dunque, ma invece il senso delle molte discontinuità che nel loro intreccio formano la tradizione giuspubblicistica europea: a questa visione ci siamo ispirati per «ricollegare, come un ponte lanciato attraverso l'abisso, il passato coll'avvenire, l'antico col nuovo». Così scriveva il nostro Piero Calamandrei, in anni tormentati della nostra storia recente.

Il nome di Calamandrei ci riporta a una stagione di transizione della storiografia giuridica italiana, all'avvento di una stagione scientifica nuova, nella quale lo storico trovava e forniva alimento per un ripensamento profondo del giuridico nella sua radicale dimensione etico-politica. Penso naturalmente a Francesco Calasso e al suo libro più discusso, *I Glossatori e la teoria della sovranità*, che già nella sua prima edizione[1] reca un fondamentale sottotitolo: *Studio di diritto comune pubblico*. Nella «letteratura della crisi», la storiografia giuridica indicava la necessità di uno sguardo retrospettivo profondo, capace di riproporre in forma nuova il problema della sovranità, cioè della relazione tra soggettività e norma, tra ordine politico e ordine giuridico: i due termini che Orlando aveva voluto distinti e separati, nella pretesa di fondare il diritto pubblico come «sfera scientifica rigorosamente determinata», ma solo in quanto «studio del *Diritto che compete allo Stato*, o, più brevemente, del *Diritto dello Stato*». Quello sguardo retrospettivo era principalmente rivolto all'umanismo

[1] F. CALASSO, *I Glossatori e la teoria della sovranità*, Firenze 1945.

giuridico della tradizione italiana, cioè al deposito storico della nozione pluriordinamentale di un diritto nascente *hominum causa* e ancorato a princìpi inviolabili di giustizia, nella quale il nesso problematico tra potere e diritto, tra soggettività e norma, tra ordine politico e ordine giuridico formava la chiave di volta di un'intiera elaborazione giuridico-politica.

A quel libro di Calasso, al suo *Studio di diritto comune pubblico* si deve il rinnovamento, su basi storicistiche, della storiografia giuridica italiana del dopoguerra. Ennio Cortese ha ricordato «il peso della passione politica del momento», che agiva dichiaratamente nella scrittura dei *Glossatori e la teoria della sovranità* così come, a breve distanza di tempo, nel 1947, nelle lezioni sugli *Ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale.* Quella «pressione di fatti e aspirazioni», che Cortese ha posto all'origine dell'opera di Calasso, e che Calasso stesso richiamava ampiamente nella presentazione della terza edizione dei *Glossatori e la teoria della sovranità*, nel 1957, va però al di là del pur accorato ricordo del contesto storico («anni fra i più tragici della storia del mondo»), e senz'altro al di là delle incomprensioni e delle polemiche storiografiche che lo opposero a molti. La passione – e la pressione – si risolvevano l'una e l'altra nel bisogno di dare sostanza storica all'indagine «delicatissima» intorno al problema giuridico della sovranità.

Si modificava tutta una prospettiva interpretativa, in contraddittorio con le deformazioni storiche e dottrinali della statolatria otto-novecentesca, del «fantasma dello Stato moderno» e delle sue «esaltazioni più clamorose». Il messaggio di Calasso, più che alla storiografia giuridica, era rivolto alla scienza del diritto pubblico e alle sue 'teorie fondamentali', prima fra tutte alla teoria della sovranità dello Stato moderno, la sua «differentia specifica» (l'espressione era di Santi Romano), la «fonte della sua generale capacità di diritto». Era intorno a queste teorie che Calasso nutriva il sospetto, revocando il giudizio di tutta una tradizione storica e dottrinale, proprio a partire dalla contraddizione insita nell'idea che la sovranità «sia estranea al mondo medievale» e che tuttavia «è in quel mondo che noi dobbiamo ricercarne la genesi». Il punto di partenza dell'indagine, perciò, non poteva essere lo 'Stato moderno', vale a dire «la tappa più vicina a noi, quella in cui sostiamo, e della quale ... non possiamo permetterci una valutazione», ma il concetto più largo di ordinamento giuridico, che «oltre a permettere un più vasto giro d'orizzonte e a staccare la ricostruzione storica dai paradigmi abituali», offriva il vantaggio di avviare decisamente l'indagine sul terreno tecnico-giuridico, fino allora negletto:

«Del principio di sovranità – egli scriveva – si è infatti parlato prevalentemente sulla base degli scrittori politici e dei filosofi; assai meno si è approfondito il pensiero dei giuristi, in

particolare per i secoli XII e XIII ..., e anche quando vi si è ricorso, è spesso accaduto che se ne isolassero alcune espressioni, staccandole inavvertitamente dal mondo che le generava, e che queste, divenute tralatizie e mescolate indifferentemente con quelle dei politici e dei filosofi, smarrissero la loro concreta e specifica *ratio*».

«Staccare la ricostruzione storica dai paradigmi abituali» voleva dire fare i conti con la tradizione ottocentesca, intessuta di «ripieghi, storici e dottrinali, che non appagano». In questo senso Calasso determina la natura stessa del suo lavoro rivolto al «rinascimento giuridico medievale», cioè allo studio di «alcuni fondamentali aspetti del travaglio dal quale la struttura dello Stato, e l'idea stessa di uno Stato, si son venute formando». Insomma, non lo Stato (moderno), con tutto il carico ideologico che la sua definizione in sede teorica porta con sé, come punto di partenza per un'indagine sull'elaborazione normativa e istituzionale pre-statuale, ma l'esperienza normativo-dottrinale e istituzionale come problema, senza la conoscenza del quale non potrà spiegarsi la natura, cioè la storia, della creazione ultima ed ingombrante dello Stato.

In questo senso vanno lette le pagine degli *Ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, caparbiamente disposte sotto i titoli 'anacronistici' di Stato, sovranità, legalità. E in questo senso va letta l'altrettanto caparbia affermazione della primogenitura storica dei Glossatori nel loro «sforzo consapevole per una *interpretazione giuridica dei problemi politici*», come «una strada per la prima volta battuta dalla scienza del diritto». Calasso traduceva in termini moderni la tensione delle scuole medievali intorno a quella che egli chiamava la «costruzione teorica della personalità giuridica degli ordinamenti particolari viventi entro l'ordinamento universale», considerata come «il più grande e originale avanzamento, forse, che la scienza giuridica medievale abbia compiuto». È questo conato che lo storico-giurista pensava doversi appunto tradurre «in termini moderni, più nostri», perché questo non era altro, ai suoi occhi, «che il problema della nascita dello Stato: dello Stato cioè come ordinamento giuridico, quale si venne elaborando di fronte alla molteplice esperienza storica ..., nella coscienza riflessa della speculazione pura, fra il secolo XII e il XIV».

Non era dunque pensabile alcuna proiezione all'indietro di concetti e di dogmi appartenenti alla modernità giuridica, ché anzi quella proiezione Calasso poteva scorgerla, a torto o a ragione, nei timori di chi, scrutando nell'ideario giuridico medievale, si mostrava impacciato dal carico ideologico del 'moderno' e dunque incapace di riconoscere nella tradizione del diritto intermedio la dimensione concreta, storica, di istituzioni e dottrine che della modernità giuridica costituivano pur sempre una radice imprescindibile. La realtà del Medioevo giuridico era e restava altra: quella

del tentativo di una conciliazione teorica della realtà degli ordinamenti particolari con la loro soggezione all'Impero. Questo appariva, nei suoi termini essenzialmente dialettici, il problema giuridico che la scienza medievale aveva affrontato, e nella cui soluzione Calasso vedeva «le basi della moderna teoria generale dello Stato», pur nella radicale (e radicalmente contrapposta) concezione medievale dello 'Stato' e del diritto.

In tal senso deve intendersi il disconoscimento calassiano di una *communis opinio* intesa a negare «che il medio evo abbia conosciuto il concetto di Stato» e ad escludere egualmente «che di sovranità possa discorrersi prima che questa idea di Stato si affermi, e dunque non prima di quel secolo XVI che ha veduto il trionfo dell'assolutismo». Quel disconoscimento ha il senso dichiarato di una dissoluzione, per mezzo della storia, del dogma della sovranità dello Stato, quale «i secoli dell'età moderna» ce lo hanno consegnato, lavorando, dopo la formulazione bodiniana del concetto, a riempire la parola «di una sostanza che si è andata via via, com'è fatale succeda alle formole definitorie, pietrificando», fino a diventare un dogma, anzi un *verbum mysticum*. Nessun equivoco sull'intento critico, reso esplicito in un passo di tagliente nitidezza:

«Ora, poichè di un dogma non è possibile fare la storia se non a patto di dissolverlo nella sua pietrificazione, e cioè di distruggerlo come dogma, non v'è da stupire che, quando si è tentato di trasportarlo pari pari al periodo storico che stiamo studiando, e nulla si sia trovato che combaciasse con esso, nella forma come nella sostanza, se ne sia tratta la conclusione negativa già riferita e che, per forza d'inerzia, si è trasformata in luogo comune. Ma si tratta soltanto di un errore di prospettiva: il medio evo non conobbe il dogma della sovranità, per il semplice fatto che questo è creazione dell'epoca moderna; ne pose invece il problema in termini moderni, e il suo sforzo consiste sopratutto nella consumazione del vecchio involucro che, come si vide, aveva incubato l'idea nuova».

Di qui l'interesse precipuo per la formula, di controversa origine, *rex in regno suo est imperator*, individuata come la matrice di un paradigma *in fieri* della sovranità, emergente dalla 'lacerazione' in più punti del vecchio involucro, mantenutosi a lungo apparentemente intatto proprio per opera di quella stessa dottrina che andava faticosamente elaborando l'idea nuova.

In tal senso possiamo forse leggere il tentativo di Calasso per scavare nelle dottrine del diritto comune pubblico, in cerca della «giustificazione ultima dell'ordinamento universale: attuazione del diritto, tutela della legalità»:

«Questo – egli scriveva – è il motivo profondo per il quale i giuristi medievali, definendo l'imperatore come *lex animata in terris*, non hanno temuto di teorizzare il suo assolutismo», perché chi conosca la concezione medievale del diritto non potrà non intendere «che il principe, per essere il principe, deve rispondere agli stessi requisiti che la legge deve possedere per essere legge».

Legge giusta, principe giusto: gli elementi primi della giustizia dell'ordinamento, nella relazione tra soggettività e norma che costituisce – «in termini moderni», per usare il linguaggio calassiano – il problema della sovranità, o meglio, come Calasso sostiene con una mnemonica (e significativamente deformata) citazione di Romano, la «*ratio specifica* dello Stato, da noi moderni riassunta nella parola 'sovranità'».

Quella *differentia specifica* o *ratio specifica* non poteva non tradursi nel problema dell'attribuzione e dell'esercizio di una potestà 'assoluta', secondo i moduli che la dottrina medievale interpretava e riplasmava in un senso che a Calasso appariva 'legalitario', ereditandola dalla tradizione romana, dove invece la massima *princeps legibus solutus est* aveva rappresentato «l'ultima espressione dogmatica dell'assolutismo dispotico», in quanto espressione in tutta la sua latitudine della «onnipotenza legislativa del principe, motivata con la incontrastata superiorità sua alla legge stessa di cui era il creatore». Allegando i suoi amati giuristi meridionali, Andrea d'Isernia e Luca da Penne, Calasso poteva ancora mostrare come la scienza giuridica del Medioevo maturo fermasse i limiti del potere del principe negli stessi criteri di legittimazione della legge: si tratta di un principe «subditus legi, sicut quilibet cuius potestas limitata est», perché nel reggere sé e i suoi soggetti non può nulla disporre se non «cum ratione et causa». Se è manifesto che quando la *voluntas* del principe si trova a deviare dall'equità, dalla giustizia e dalla ragione «non est lex», è del pari manifesto che in tal caso «il principe non opera più entro la sfera della legalità»; di una legalità che fa riferimento, appunto, «a fondazioni sostanziali e non formali», come conformità a una regola precettiva che trova nella natura la sua fonte e la sua legittimazione, non essendo la *lex* che la rivelazione di un ordine giuridico preesistente, di una realtà «che la *lex* ha il compito di manifestare».

Qui stava in definitiva, per Calasso, «lo sforzo costruttivo e originale dei Glossatori di fronte al problema della sovranità»; ed egli non ebbe torto, da questo punto di vista, a scrivere che l'elaborazione teorica che ne fu compiuta dopo di loro, in proporzioni più vaste e con altra organicità, dai Commentatori, svolse, in sostanza, ad uno ad uno i motivi che i Glossatori avevano individuati «come giuridicamente rilevanti».

Fin qui Calasso, intento a restituire il pensiero dei glossatori, «la loro umanità, la loro sensibilità, la loro adesione mentale ai problemi del mondo in cui vivevano», e contemporaneamente a tentare di scongiurare il rischio che, dissoltosi nella storicità della dottrina il dogma della sovranità, con tutto il carico dei luoghi comuni della piena modernità (del

«ciarpame», avrebbe detto Giannini in anni a noi più prossimi, «addossato al tema della sovranità»), nuovi luoghi comuni venissero a formarsi e a cristallizzarsi intorno alla concezione medievale del 'supremo potere di diritto'. Vale ancora la pena di ascoltare l'avvertenza dello storico, nella presentazione della terza edizione del libro controverso, rivolta a scongiurare ogni possibile, residuo equivoco (1957):

«Lo studio della faticosa emersione, nella coscienza dei glossatori, di codesto problema teorico, è stato per me il punto di partenza di una revisione critica degli schemi consueti, tarati alle basi dall'idea paradigmatica dello Stato, vale a dire di un mito che ogni storico del diritto ha sentito a suo modo senza troppe preoccupazioni di verificare se e fino a qual punto la realtà storica vi si adattasse. Il concetto di ordinamento, che vedevo profilarsi precocemente nelle fonti più antiche del diritto comune classico, e tornarvi con insistenza fino a consolidarsi nel breve giro di una frase, ch'era destinata a diventarne quasi l'espressione simbolica attorno alla quale si sarebbero concentrati per secoli i maggiori problemi del diritto pubblico, aiutava a rivedere quella realtà storica purificata da ogni contaminazione di idee che non le appartennero, nei suoi aspetti positivi e in quelli negativi, coi suoi elementi maturi od acerbi, e ad individuarvi i germi turgidi di future creazioni e, a un tempo, i relitti di superate strutture. Che è il compito più arduo di uno storico del diritto pubblico che voglia schivare l'errore di vedere il passato con gli occhi del presente, anche se è fuori dubbio che dal presente egli riceve gl'impulsi per vedere il passato».

Di quella controversa opera di ricostruzione, maturata ed apparsa negli anni della «convulsione violenta» della vecchia Europa), resta vivo il desiderio di mostrare a dito la vita intensa di un'elaborazione dottrinale «aderente ai problemi del mondo», e perciò lontana da ogni astratta schematizzazione e rigida fissazione dogmatica. E resta un punto problematico, che è il vero *punctum dolens* di ogni interpretazione in chiave unitaria e 'sistematica' delle dottrine del diritto comune pubblico, vale a dire la loro relazione con le trasformazioni e i rivolgimenti, mentali e istituzionali, della prima modernità.

Il vero problema resta quello del supposto *continuum* di una tradizione che ha i suoi punti di rottura e le sue svolte, ma che ha pure i suoi evidenti nessi in un linguaggio e in un vocabolario, in un uso e in un riuso della tradizione, che costituisce una trama degna di essere ancora unitariamente rimeditata. Il problema giuridico della sovranità, nel suo passaggio dal Medioevo alla modernità, si presenta come il problema stesso della crisi di un paradigma in cui un modello di relazione tra potere e diritto, nato per circoscrivere e neutralizzare i nuovi modi di essere del potere nelle nascenti monarchie di stampo assolutistico, trapassa in una nuova temperie, perdendo un nesso avvertito sempre dai medievali come una frizione, ma non mai come una radicale opposizione, fra diritto e potere. In tal senso è ancora al rapporto tra 'assolutismo' e 'legalità', tra

un potere concepito come superiore alla legge e un potere rivendicato come dalla legge limitato e ad essa subordinato, che deve appuntarsi l'attenzione dello storico che voglia non confermare le rigidità dogmatiche, ma sottoporle alla concreta critica dei fatti, fra i quali vanno annoverate anche le dottrine.

*Gerhard Dilcher*

Diese unsere dritte Tagung zum Thema «Entstehung des öffentlichen Rechts» hat wie die vorhergehenden ein großes Thema im Auge gehabt, dabei aber versucht, es durch spezifische Einzelbeiträge immer wieder neu von verschiedenen Seiten anzuleuchten und auszuleuchten. Damit konnte nicht nur ein großer geographischer Raum, nämlich Deutschland und Italien von der Nordsee bis zur Spitze Siziliens mit Ausblicken nach Frankreich und Spanien, einbezogen werden; die behandelten Themen umfassen auch ganz verschiedene Ebenen, von großen geistesgeschichtlichen Zusammenhängen, der Theorie geistlicher und weltlicher Herrschaftsbegründung bis zu juristischen Einzelproblemen, von den universalen Mächten Kirche und Reich bis zu konkreten Auseinandersetzungen bei der Ausbildung territorialer Herrschaften, Probleme des Prozessrechts und des Gemeineigentums.

Es ist sicher nicht möglich, aus dieser Vielzahl starker Forschungsansätze schon an dieser Stelle eine Zusammenfassung zu bringen. Ein reiches Material an erarbeiteten Quellen und daran anknüpfenden Interpretationen steht jedoch hier in den drei Bänden nunmehr für weitere Forschungen zur Verfügung.

Ich möchte deshalb an dieser Stelle keineswegs eine erste Summe ziehen, sondern mich der Frage stellen, die unausgesprochen die Tagungsfolge – und auch die Frankfurter Diskussionen anlässlich der Mercator-Professur von Diego Quaglioni – begleitet hat: Für welchen Zeitpunkt und in welchem Sinne kann man von «Anfängen des öffentlichen Rechts» sprechen? Wie mir scheint, haben sich hier vier mögliche Antworten abgezeichnet:

1. Die von Ulpian formulierte Unterscheidung des römischen Rechts in *ius publicum* und *ius privatum* stelle eine Errungenschaft der europäischen Rechtstradition dar, die seither nicht mehr verloren gegangen ist. So bleibt etwa *publicus* auch im Frühmittelalter eine Bezeichnung für die Zuordnung zum Königtum, wie sich etwa in der berühmten von Wipo stilisierten Rede des Königs an die Pavesen nach der Zerstörung des

Königspalastes 1024 in Pavia während der Vakanz deutlich zeigt: *publicum est, non privatum*. Die in diesem Zusammenhang benutzte Metapher von Schiff und Steuermann zeigt, wie sehr es sich hier um Ansätze eines Staatsdenkens handelt. Folgt man dieser Kontinuitätsthese, so käme es dann nur noch darauf an, die verschiedenen historischen Formen der Ausgestaltung dieser grundlegenden Unterscheidung zu verfolgen.

2. Eine zweite Meinung, auf der wohl auch der Ansatz unseres Forschungsprojektes beruht, setzt die Anfänge des öffentlichen Rechts in das Mittelalter als eine Folge des Wiederauflebens juristischer Reflexionen über die rechtliche Bindung der höchsten Gewalt im Gefolge der neu entstandenen Rechtswissenschaft. Diesen Ansatz vertritt etwa auch die bekannte Darstellung von K. Pennington, *The Prince and the Law* (1993).

Die Grundlage dafür sind das kirchliche und das römisch-justinianische Recht, wie es in der Schule von Bologna seit dem 12. Jahrhundert zum Gegenstand der Rechtswissenschaft gemacht worden ist. Innerhalb dieses Ansatzes kann man den Beginn mehr auf die Zeit der Glossatoren (so F. Calasso 1957) oder mehr auf die voll entfaltete Rechtswissenschaft seit Bartolus und Baldus setzen. Unser Projekt hat seinen Ansatzpunkt deutlich auf die Begegnung der ersten Generation von Rechtsgelehrten mit Kaiser Friedrich Barbarossa auf dem Reichstag von Roncaglia 1158 und auf die dort entstandene Gesetzgebung gelegt.

3. Eine weitere Meinung verknüpft die Entstehung des öffentlichen Rechts in schärferer Weise mit dem genauer definierten Souveränitätsbegriff von Jean Bodin. Dieser habe erst eine wirkliche Abgrenzung des Rechtsbereichs der obersten Gewalt ermöglicht. In unterschiedlicher Weise wird dabei die Reformation (etwa Harold Berman, *Law and Revolution*, 2) und der Zerfall des mittelalterlichen Kosmos der *respublica christiana* als Hintergrund oder Voraussetzung betont. Die maßgebende Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland von Michael Stolleis nimmt als Kriterium des Anfangs die Ausbildung einer wissenschaftlichen Disziplin des *ius publicum* als Lehrfach an den deutschen Universitäten seit 1600 an und begründet darauf seine Darstellung.

4. Der moderne Begriff des öffentlichen Rechts schließlich beruht auf der kategorialen Trennung von Staat und Gesellschaft, wie sie erst mit der Überwindung der altständischen Gesellschaft (*societas cum imperio*) im Gefolge der französischen Revolution denkbar war und dann im bürgerlichen Rechts- und Verfassungsstaat verwirklicht wurde. Erst dadurch wurde etwa das Strafrecht, das Gerichtsverfassungs-, Prozess- und Zwangsvollstreckungsrecht eindeutig dem öffentlichen Recht zugeordnet

(J. Schröder) und das Verwaltungsrecht als Rechtsmaterie ausgearbeitet (K. Härter, beide in diesem Band). Das materielle Privatrecht konnte so im Gegenzug zum Raum der individuellen Freiheit und damit der Entfaltung der Gesellschaft werden. Die theoretischen und empirischen Vorarbeiten zu diesem letzten Schritt sind gerade auch in diesem unserem dritten Bande dokumentiert. Die Infragestellungen dieser kategorialen Trennung durch die neuesten Entwicklungen einer Verflechtung von Staat und Gesellschaft und der Globalisierung kann Anlass zu historischen Rückfragen bis hin zu den mittelalterlichen Grundlagen bieten, wie sie in unserem Projekt entwickelt werden.

Jede dieser vier Antworten, die sich ja selber auch noch zeitlich und sachlich ausdifferenzieren lassen, hat gewisse Plausibilitäten für sich und lässt sich mit gewissen Quellen und Ergebnissen belegen. Die Antwort kann also nur sein – und den Historiker überrascht das eigentlich nicht –, dass keine von ihnen «richtig» ist. Man kann sie darum eher als Fragestellungen und Hypothesen auffassen, die für verschiedene Forschungsansätze mehr oder weniger brauchbar sein können, deren Ergebnisse aber nicht verabsolutiert werden dürfen, sondern verglichen und zu neuen Bildern zusammengefügt.

Der Ansatz unseres Projektes betont als «Anfang», wenn überhaupt, den Reichstag von Roncaglia 1158. Das knüpft weniger an dem, von Chroniken immerhin spektakulär herausgestellten Auftreten der Bologneser juristischen Doktoren an, als vielmehr der Verschränkung von gelehrtem Rechtsdenken mit traditionaler politischer Praxis, wenn man so will des Verfassungsrechts. Auf diese Weise werden rechtliche Beschlüsse und ihre Verschriftlichungen, also Gesetzgebung konsensual auf einer Versammlung, einem Placitum, Reichs- oder Hoftag festgelegt. Die Texte des römischen Rechtes, aus der fernen römischen Kaiserzeit stammend und in diesem Sinne auf den *princeps* bezogen, wurden hier also nicht bloß als Theorie vorgetragen, sondern mit den politischen Verhältnissen und der politischen Praxis des mittelalterlichen Reiches zu verbinden versucht. Das eindrucksvollste Zeugnis dafür ist die *lex Omnis iurisdictio* in ihrer von V. Colorni geklärten Form, die nicht vom *imperium* als Befehlsgewalt sondern von der *iurisdictio* als dem mittelalterlichen Hoheitsrecht und der von ihr ganz mittelalterlich getrennten Zwangs- oder Banngewalt, dem *districtus*, ausging. Die lang wirkenden, von diesem Gesetz ausgehenden Kontinuitätslinien, durch die Eliminierung des Textes aus Teilen der Schultradition lange verdeckt, ist durch zahlreiche Beiträge in allen drei Bänden, vor allem im ersten und diesem dritten durch Diego Quaglioni, offengelegt. Schon lange zuvor hatte Pietro Costa, noch vor der Entde-

ckung Colornis, die breite spätmittelalterliche semantische Entfaltung von Iurisdictio (1969, 2002[2]) dargelegt. Dies ist in unsere Ergebnisse voll einzubeziehen. Der Beitrag von Peter Oestmann in diesem Bande gibt dazu die andere Seite, einen Aufriss der historisch-empirischen Entwicklung der Gerichtsbarkeit als Hoheitsrecht.

Ein weiterer Kontinuitätsstrang, auf den vor allem Dietmar Willoweit immer wieder hingewiesen hat, betrifft die eigentumsrechtliche Konzeption von Herrschaft in Anknüpfung an den Begriff des *dominium*. Hierzu scheint mir die kleine Anekdote vom Ausritt des Herrschers mit den Rechtsgelehrten und dem Diskurs über das *dominium mundi* von Bedeutung, knüpft sie doch mit der Person Friedrich Barbarossas und der Doktoren Martinus und Bulgarus offensichtlich an Roncaglia an. Sie soll kein Ereignis wiedergeben, sondern erscheint deutlich als Lehrstück der Bologneser Universitätstradition im dialektischen Disputieren in der Unterscheidung des *dominium mundi* von dem privatrechtlichen Aspekt, *quoad proprietatem*: Also eine weitere deutliche Unterscheidung von öffentlichem und Privatrecht in dieser frühen Phase. Noch unmittelbarer zeigt dies die von Rahewin Barbarossa in den Mund gelegte Unterscheidung der *iura regni* von den *iura privatorum*. Die mit dem Eigentumsbegriff verbundene Entwicklung des Lehnrechts als Teil des Verfassungsrechts ist in den drei Bänden unserer Tagungsfolge mehrfach angesprochen, konnte aber für die Neuzeit nicht voll ausgeführt werden. Hier besteht nämlich eine offenbare Forschungslücke. Die Beleuchtung der Herausbildung des öffentlichen Rechts der Neuzeit von der andersartigen, Verfassung und Privatrecht umfassenden Struktur des Lehnrechts wäre eine weitere reizvolle Aufgabe.

Damit haben wir schon mehrere Begriffe und Diskursfelder, die neben den klassischen Begriffen *imperium* und *suprema potestas* den rechtlichen Inhalt der Herrschergewalt umschreiben. Es geht also nicht um ein einheitliches *ius publicum*, sondern, ganz im Stile des mittelalterlichen gelehrten Denkens, um verschiedene Rechtstexte, ihre Interpretation und gegebenenfalls dialektische Verknüpfung.

Die Quellen des römischen Rechts beschreiben, mit gewissen Variationen, die spätantike absolutistische Herrscherbefugnis des princeps. Das Mittelalter kennt zwar ein Imperium, nämlich das fiktiv weiterlebende Römische Reich, aber kein entsprechendes *imperium*, keine absolute Befehlsgewalt des Königs oder Kaisers. Dieser ist vielmehr *primus inter pares* und übt somit konsensuale Herrschaft, oft mehr in rituellen als rechtlichen Formen, wie die deutsche Mediävistik – und für die frühe

Neuzeit vor allem Barbara Stollberg-Rilinger – zunehmend betonen. Aus dieser, weitgehend informell und rituell geübten konsensualen Herrschaft aus der Versammlung, dem Placitum, dem Hoftag, gehen dann zunehmend formelle verfassungsähnliche Verbürgungen der rechtlichen Bindung der Herrschaftsausübung und der Teilhabe an der Herrschaft aus. Wichtige frühe Beispiele dafür sind gerade die Gesetzgebungen und Weistümer des Reichstags von Roncaglia 1158 und in Bezug auf die Kommunen der Friede von Konstanz 1183; wichtige spätere Beispiele sind die später so genannten Reichsgrundgesetze seit der Goldenen Bulle von 1356 sowie die europäische Erscheinung der sogenannten Herrschaftsverträge, seit der englischen Magna Charta von 1215. Sie stellen neben den gelehrten theoretischen Reflexionen und juristischen Erarbeitungen von rechtlichen Maximen der Herrschaft einen zweiten, ebenfalls europäischen Strang rechtlicher Bindung von Herrschaft dar, der sowohl über die ständischen Verfassungen wie über das, die Partikularrechte einbeziehende *ius publicum* der frühen Neuzeit Teil der Entwicklung eines öffentlichen Rechts werden. Dieser Entwicklungsstrang ist also, auch bevor er in den Quellen des an der Universität gelehrten *ius publicum* mündet, in die Betrachtung der Entwicklung einzubeziehen. An dieser Stelle möchte ich aber noch einmal auf die Verschränkung von rechtlichen und theoretischen Reflexionen und der gelebten Verfassungspraxis hinweisen, ein Gegenüber und eine Verschränkung, die in allen drei Phasen unseres Projektes immer wieder thematisiert wird. Diese Verbindung von Rechtsgeschichte, Theoriegeschichte und Verfassungsgeschichte war für das vorliegende Projekt maßgebend.

Wir können nach diesen Überlegungen vielleicht wenigstens deutlicher sagen, was wir unter Anfängen des öffentlichen Rechts verstehen wollen. Unsere Fragestellung richtet sich auf alle Traditionen der Theorie, der juristischen Diskurse und der politischen Praxis, die die rechtliche Bindung, Kontrolle und Verteilung der politischen Macht zum Inhalt haben. Eine solche, von Bindungen der Religion und Moral abgehobene und immer stärker verrechtlichte und institutionalisierte Bindung der politischen Macht scheint mir eine spezifische Eigenheit der westlich-europäischen Kultur, etwa im Unterschied zum byzantinisch-orthodoxen Osten, zum Islam wie auch zu den Reichsbildungen ostasiatischer Hochkulturen. Sie besitzt Wurzeln in der griechischen politischen Philosophie und dem römischen Recht, erlebt aber ihre eigentlichen Entfaltungen in den Reichen des westlichen Mittelalters und ihrem Gegenüber zur Kirche, in den von Säkularisierungen begleiteten Staatsbildungen der frühen Neuzeit und schließlich im bürgerlichen Rechts- und Verfassungsstaat.

Dieser historische Prozess stellt sich als Ausbildung des öffentlichen Rechts dar, ohne dass man meiner Ansicht nach im eigentlichen Sinne von Anfängen sprechen könnte.

Wichtiger ist es vielmehr zu sehen, wie die genannten unterschiedlichen Traditionslinien von historisch wechselnden Rahmenbedingungen bestimmt werden und sich gerade dadurch verschiedene Phasen und Epochen unterscheiden lassen. Hierzu möchte ich auch auf meine Betrachtungen zu Gierke im Rahmen dieser Tagung verweisen, denn diesem Autor ging es gerade darum, in einer langen historischen Perspektive das Wechselspiel von geistigen und politischen Rahmenbedingungen, staatstheoretischen und juristischen Diskursen und sozialen und mentalen Strukturen aufzuzeigen. Politisch gesehen bildeten solche Gegebenheiten die offenen genossenschaftlich-herrschaftlichen Gesellschaftsstrukturen des Mittelalters. Für die juristischen Reflexionen des Mittelalters bildete dagegen einen festen Rahmen die Anknüpfung an die Quellen des römischen und des kanonischen Rechts, also der Diskurs, den wir mit *ius commune* umschreiben können. Es wäre unsinnig, von einer Definition und Abgrenzung des öffentlichen Rechts auszugehen, die den einen oder den anderen Rahmen negieren würde, also etwa den – so nicht vorhandenen – Staat zur Voraussetzung machen oder aber einen abgesteckten Rahmen für einen Diskurs «öffentliches Recht» fordern würde.

Gerade in diesen beiden Beziehungen ändern sich freilich die Rahmenbedingungen mit dem Beginn der Neuzeit. Humanismus und protestantische Reformation erlauben nicht mehr den Rückgriff auf alte theologische Gewissheiten der Rechts- und Staatsbegründung. Mit den Stichworten «Säkularisierung» (P. Costa) und «Konfessionalisierung» (M. Heckel), aber auch innerhalb vieler weiterer Themen, etwa den vom Humanismus geprägten Juristen, wird dieser grundlegende Wandel im vorliegenden Band thematisiert.

Eine bemerkenswerte Beobachtung stellt es auch dar, dass die Materien und Aspekte der Entwicklung für Italien und Deutschland in der frühen Neuzeit deutlichere Unterschiede zeigen als im Mittelalter. Während eine Reihe der italienischen Referate eine gewisse Kontinuität gemeinrechtlicher Thematiken aufweist, nimmt in Deutschland nun die neu entstehende Reichspublizistik eine führende Stellung ein (dazu vor allem die Referate von H. Mohnhaupt und D. Wyduckel). Die Gründe sind deutlich: Das Reich bildete in Deutschland nach wie vor den Verfassungsrahmen auch der territorialstaatlichen Entwicklungen, während es in Italien kaum noch unmittelbare Bedeutung besaß. Außerdem stellte die konfessionelle Bipo-

larität in Deutschland einen mächtigen Antrieb der Rechtsentwicklung dar, einerseits zur Ausbildung einer überkonfessionellen verfassungsrechtlichen Friedensordnung des Reiches, andererseits durch die Impulse zur Entwicklung einer protestantischen Rechts- und Staatslehre. Susanne Lepsius zeigt aber (in diesem Bande) gleichzeitig, wie an katholischen wie protestantischen Universitäten Deutschlands Dissertationen zu den alten öffentlich-rechtlichen Quellenstellen und Topoi des *ius commune* entstehen, die alteuropäische Tradition also keineswegs von der Reichspublizistik gänzlich verdrängt wird. In diesem Band wird darüber hinaus gezeigt, wie ein wissenschaftlicher Diskurs von Grotius zu Gentile eine europäische Brücke bildete (A. De Benedictis)

Aber auch innerhalb der so gegebenen neuen geistigen und politischen Rahmenbedingungen zeigen sich immer wieder, auch in Deutschland, Kontinuitätslinien von den mittelalterlichen Diskursen in die Lehren des *ius publicum* der frühen Neuzeit. Sie überspielen also in gewisser Weise die Neuansätze von Humanismus, Reformation und Säkularisierung. Gerade dadurch aber wird der neue, weitere entscheidende Einschnitt verständlich, den der radikale Theorieansatz von Hobbes gebildet hat, den dann die aufklärerische Naturrechts- und Vernunftsrechtslehre zu einer Grundlage für eine neue Konzeption des öffentlichen Rechts ausarbeitete; sie fand dann im bürgerlichen Rechts- und Verfassungsstaat den Raum für ihre Verwirklichung.

Meine Absicht bei diesen Schlussüberlegungen war, Anregungen für ein Zusammendenken der reichen Ergebnisse unserer drei Tagungen zu geben. Die Anfänge des öffentlichen Rechts mag dann jeder dort finden, wohin ihn oder sie Fragestellungen und Interessen leiten. Denn Anfänge sind überall.



Finito di stampare nel novembre 2011
dalle Arti Grafiche Editoriali Srl, Urbino

